CORSO
DI
CODICE CIVILE
DEL SIG.
DELVINCOURT
AVVOCATO DELLA CORTE REALE E DECANO DELLA FACOLTÀ
DI DRITTO DI PARIGI

NOVELLAMENTE TRADOTTO DALL' ULTIMA EDIZIONE FRANCESE

ED ACCOMPAGNATO DALLA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE
DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

DAL SIG. P. LIBERATORE

SECONDA EDIZIONE

VOLUME II.

NAPOLI 1828.
DA' TORCHI DEL TRAMATER
*Si vende nel Gabinetto letterario al largo
del Gesù Nuovo n.° 6, 7, 8.*

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE

TITOLO VI.

DEL MATRIMONIO (1).

Si può definire il matrimonio l' unione legittima dell' uomo colla donna.

Avremo dunque da esaminare:

1. Quali sieno le condizioni necessarie a legittimare siffatta unione;

2. In qual modo possa e debba provarsi che il matrimonio è stato legittimamente contratto;

3. Le condizioni richieste pel matrimonio non avendo tutte eguale influenza sulla sua validità, faremo conoscere quelle la di cui mancanza può produrne la nullità, e quali persone abbiano il dritto di proporre le azioni di nullità;

4. Determineremo gli effetti del matrimonio legittimamente contratto;

5. Finalmente vedremo in qual guisa possa tale unione disciogliersi.

Il presente Titolo sarà per conseguenza diviso in cinque capitoli:

Il primo tratterà delle condizioni richieste per la legittimità del matrimonio;

Il secondo, della pruova del matrimonio;

Il terzo, delle nullità del matrimonio;

Il quarto, dei suoi effetti;

Ed il quinto, del suo scioglimento.

Osserviamo prima di ogni altra cosa ch'è proibito ad ogni ministro di qualunque siasi culto il procedere alle

---

(1) Riscontrate su questo Titolo le opere di Pothier, *trattato del contratto di matrimonio*, ed un picciol trattato *della potestà maritale*, che trovasi nel principio del suo trattato della *comunione*.

cerimonie religiose di un matrimonio, senza l'esibizione della copia dell'atto di matrimonio precedentemente ricevuto dagli ufiziali dello stato civile, sotto pena, per la prima volta, di un ammenda di sedici a cento franchi;

D' una prigionia di due a cinque anni per la prima recidiva;

E della deportazione, per la seconda (Cod. Pen. art. 199, *245* e 200, *83*).

CAPITOLO PRIMO.

DELLE CONDIZIONI RICHIESTE PER LA LEGITTIMITA' DEL MATRIMONIO.

Cinque condizioni si richiedono perchè il matrimonio sia legittimo:

1.° L'età competente delle parti contraenti;

2.° Il di loro consenso;

3.° Il consenso di coloro alla di cui autorità sono sottoposte;

4.° Che non vi sia impedimento;

5.° L'osservanza di tutte le formalità prescritte dalla legge.

Noi andremo esponendo separatamente le regole relative a queste cinque condizioni (2).

Sezione prima.

Dell' età competente pel matrimonio.

L'età richiesta pel matrimonio è di diciotto anni compiti per gli uomini, e di quindici egualmente compiti per le donne (3), salvo il caso delle dispense che possono essere accordate dal re per gravi motivi. 144 *152* 145

(2) Oltre a ciò, i principi e le principesse del sangue non possono, qualunque sia la di loro età, contrarre un matrimonio che produca gli effetti civili, senza il consenso del Re.

(3) Nel dritto romano, come nell'antico dritto francese, non si richiedeva pel matrimonio che la pubertà detta *inchoata*, dalle istituzioni di Giustiniano fissata per le donne all'età di dodici anni, e di quattordici per gli uomini. Ma non si era forse abbastanza avuto ri-

Le formalità per ottenere queste dispense sono determinate dal decreto del 20 pratile an. 11 (*Boll.* n.° 2792), come segue:

1.° La domanda debb' essere presentata al procuratore del re presso il tribunale del domicilio del petitore;

2.° Questo magistrato appone il suo parere a piè della petizione che vien quindi trasmessa al ministro della giustizia;

3.° Il ministro ne fa il rapporto al re che risolve;

4.° Se la dispensa è accordata, l'ordinanza, a cura del regio procuratore ed in forza di mandato del presidente, vien registrata nella cancelleria del tribunale del circondario nel quale il matrimonio dev' esser celebrato;

5.° In fine resta annessa all'atto della celebrazione del matrimonio la copia dell'ordinanza, nella quale copia si fa menzione del seguito registro.

---

guardo alla capacità morale, che debbono avere le parti contraenti, per acconsentire al contratto il più importante ch' esista. Quest' osservazione diveniva tanto più essenziale in quanto che non è possibile di accordare la restituzione in intero in fatto di matrimonio, qualunque siasi la lesióne che ne risulti a danno di un minore. È vero che si richiede il consenso de' parenti per supplire alla capacità de' contraenti, ma nulladimeno è sempre molto convenevole che da per loro stessi possano conoscere ed apprezzare tutta l'estensione dell'impegno che vanno a contrarre, impegno il quale non ha da cessare che con la vita dell' uno o dell'altro. Con ragione adunque il Codice esige pel matrimonio la piena pubertà, la di cui epoca è stabilita per le donne a quindici anni, ed a diciotto per gli uomini (*a*).

(*a*) *Ma per tanti secoli ebbero luogo in Francia le disposizioni del dritto canonico circa l' età degli sposi senza che vi si fosse osservata alcuna incoerenza. La legge de' 20 settembre 1792 fu quella che prolungò di un anno l' età medesima. Piacque poi adottare nella redazione del Codice la regola stabilita in Prussia. Ma essa non è fatta neppure pei climi meridionali della Francia. L' apporre poi una dispensa accanto alla proibizione indica abbastanza il vuoto della regola in alcuni casi ed il bisogno di temperarne l' austerità. Nè l' aumento di tre anni è tale da metter gli sposi in quel pieno discernimento che bisognerebbe se non fossero stati sottoposti dalla legge al necessario consenso dei di loro maggiori. Conveniva dunque dire esser cosa ragionevole di ubbidire alla natura la quale se ritarda la pubertà sulle rive del Baltico e della Vistola, assai precoce la disviluppa ne' tepidi climi dell' Italia e della Grecia sotto il cielo di Roma e di Costantinopoli.*

144
152
145

Sezione II.

Del consenso de' contraenti.

Essendo il matrimonio, come abbiam detto, l'unione di due persone, ed ogni unione supponendo necessariamente il consenso di que'che si uniscono, egli è chiaro che non vi è matrimonio ove questo consenso non sia (4). 146 153

(4) Ad un interdetto sarebbe lecito maritarsi? Anticamente poteva ciò essere un soggetto di questione, poichè l'interdizione era alle volte pronunciata in caso di prodigalità, la quale punto non toglie la facoltà di acconsentire. Ma oggigiorno che l'interdizione non può essere pronunciata se non nel caso di furore, demenza o imbecillità, cagioni tutte le quali distruggono il consenso, io non credo che possa esser valido il matrimonio di un interdetto. Si osserva in vero nella discussione, che il Tribunato aveva espressamente proposto per questo soggetto una disposizione la quale non venne ammessa. Ma è possibile, anzi probabilissimo, che fu rigettata non perchè siasi inteso dichiarar valido il matrimonio dell' interdetto, ma perchè si è temuto al contrario, che se più precise fossero state le espressioni intorno al di lui matrimonio, non se ne fosse dedotta la conseguenza, ogni matrimonio contratto prima dell'interdizione esser valido, e non poter impugnarsi, mentre ai a' termini dell' art. 503 † 426 tutti gli atti anteriori all' interdizione possono annullarsi; ove fosse notorio che la causa dell' interdizione esisteva all' epoca in cui questi atti furono compiuti. Si stimò meglio adunque il decidere in modo generale, che non vi è matrimonio dove non vi è consenso; e siccome durante l'interdizione, l'interdetto è giudicato incapace di acconsentire, ne risulta non poter egli maritarsi, e che il matrimonio contratto prima dell' interdizione potrebbe essere parimenti annullato, secondo l'articolo istesso; e vengono eziandio in appoggio di questa opinione le parole dell'oratore del Consiglio di stato il quale presentò al Corpo legislativo la legge sulla interdizione; egli formalmente significò, che l' interdetto differisce da colui al quale sia stato dato un consulente giudiziario, nella facoltà lasciata a questi di maritarsi, mentre quegli nol può.

In secondo luogo, l' art. 174 † 183 permette ad ogni congiunto fino al grado almeno di cugino-germano, di opporsi al matrimonio del suo parente per causa di demenza, ma con l' obbligo di promuoverne la interdizione. Tale articolo suppone dunque che la demenza in uno degli sposi sia un impedimento al matrimonio, quand'anche non fosse interdetto; con più ragionevolezza, se l'interdizione sia pronunciata (a).

(a) *Crederemmo necessaria una distinzione sul matrimonio dell' interdetto. La legge non fa menzione che del caso di demenza allorchè parla dell' opposizione che si vuol produrre dai collaterali in mancanza degli ascendenti. Ma l' interdizione ha luogo tanto nella*

1109 Ma siccome d'altra parte il consenso non è valido quando
1063 fu dato per errore o estorto dalla violenza, ne risulta
180 che il matrimonio può essere annullato, se venne celebrato
154 in seguito di grave timore (5), o di sbaglio riguardo alla persona. Noi vedremo al 3.° capitolo da chi ed in qual termine può domandarsene la nullità.

Sezione III.

Del consenso di coloro ai quali i contraenti sono sottoposti.

Il matrimonio essendo un contratto col quale ciascuno degli sposi dispone della sua persona ed anche spesso dei suoi beni, non può aver luogo, quando i contraenti sono minori, se nol precede il consenso di coloro ai quali eglino stan sottomessi.

Quando esistano ascendenti, la minorità pel matrimonio (6) dura sino all'età di compiuti anni venticinque per gli uomini e ventuno per le donne.

Sino a che i contraenti non abbiano compita questa età, sono obbligati di ottenere il consenso dei loro ascendenti nell' ordine che segue:

148 Prima quello del padre e della madre: in caso di

---

(5) *Talis metus, qui possit cadere in constantem virum* (Cap. 28. X *de sponsalibus et matrimoniis*).

Vis atrox, praesens, ed adversus bonos mores (L. 3 §. 1 LL. 6, e 9 ff. *quod metus causa*). Vedete Pothier del *contratto di matrimonio*, n. 315 e seg. Ed infine per determinare in un preciso modo quai siano nel nostro dritto i caratteri della violenza che può dar luogo allo scioglimento del matrimonio, riscontrate qui appresso la nota 132.

Si può agire per l'esecuzione di una promessa di matrimonio? Osservate qui appresso la nota 53, p. 29.

(6) Noi diciamo pel matrimonio, poichè per tutti gli altri atti, salvo l'adozione (art. 346 † 270) la maggiore età è fissata in un modo generale per gl'individui di ogni sesso a ventun anni compiti (art. 488 † 411).

demenza che nell' imbecillità e nel furore. Che debbano pel furore il quale è l' eccesso della demenza valer le norme per questa assegnate, non vi ha dubbio veruno; ma ve n' è nel caso dell' imbecillità? Il sig. Toullier *infatti parla sempre di demenza e di furore nel caso del matrimonio sia per impedirlo, sia per annullarlo; non mai dell' imbecillità.*

dissenso, quello del padre dee prevalere (7); se il padre 163
è morto o che gli sia impossibile manifestare la propria 149
volontà (8), il consenso della madre è bastante (9). 164

---

(7) Quand' anche egli fosse separato di persona. Tal preferenza viene qui accordata al sesso ed alla qualità di padre, ma non a quella di conjuge.

Quid, se il padre abbia dato il consenso, ma venga a morire prima della celebrazione? Io non credo che faccia d' uopo ottenersi altro consenso. Nè si può prendere argomento da ciò che ha luogo per la donazione fra vivi (art. 932 † 856) di cui le formalità sono di rigore, mentre la causa del matrimonio è favorevole.

Riflettete che l'articolo dice che nel caso di dissenso del padre e della madre, il consenso del padre basta. Ma perchè vi sia dissenso per parte della madre fa d'uopo ch' essa sia stata consultata, messa alla portata di acconsentire, e che abbia ricusato di dare il suo consenso. Si è dunque giudicato con ragione dalla corte di Riom nel 30 giugno 1817 (Sirey, 1818, 2. parte, pag. 14), che la madre era ammissibile a far opposizione al matrimonio di sua figlia minore separata da lei momentaneamente, e della quale essa non avea conosciuto il futuro matrimonio, che per le pubblicazioni; salvo al tribunale il dichiarare l' opposizione mal fondata. Nella pratica, si fa alla madre una citazione di assistere al matrimonio o d' inviare il suo consenso. Questa citazione può esser fatta ad istanza del padre.

(8) Se sia egli assente, interdetto, o civilmente morto; o solamente privato dell' esercizio de' suoi dritti civili (art. 28 † 21 e Cod. pen., art. 29) (*a*).

(9) *Quid*, se la madre siasi rimaritata? A malgrado del modo generale come parla l' articolo, a me sembra che ciò potrebbe esser il soggetto di una importantissima quistione.

Prima di ogni altra cosa, se la madre non sia stata mantenuta nella tutela, io riguardo come contrario ad ogni principio, che il suo consenso possa esser preferito a quello della famiglia. Di fatti, in virtù dell' art. 1398 † 1352 il minore abile a contrarre matrimonio, può acconsentire validamente a tutte le donazioni nel suo contratto, purchè venga assistito da persone il consenso delle quali è necessario per la validità del matrimonio. Dunque se il solo consenso della madre fosse sufficiente per il matrimonio del suo figlio minore, ne seguirebbe che

(*a*) *L' art. 29 del Codice penale dice che qualunque condannato alla pena de' lavori forzati a tempo, o a quella della reclusione, sarà inoltre per tutta la durata della pena in istato d' interdizione legale; e che gli sarà scelto un curatore per regolare ed amministrare i suoi beni, giusta le forme stabilite per la nomina de' curatori agl' interdetti.*

Nelle nostre Leggi penali all' art. 17 si legge, che la condanna ai ferri, anche nel presidio, e la condanna alla reclusione porta seco la perpetua interdizione da' pubblici ufizj e l' interdizione patrimoniale, durante la pena. V. la spiega di queste interdizioni da noi data nelle nostre osservazioni tom. 1, p. 128 e seg.

In secondo luogo in mancanza del padre e della ma-

---

questo stesso consenso basterebbe per autorizzare lo sposo a disporre di tutt' i suoi beni per mezzo del contratto medesimo. Or poichè noi la supponiamo non mantenuta nella tutela, ne risulta ch' essa non può in conto alcuno autorizzare la disposizione del più modico oggetto appartenente ai suoi figli; e si pretenderebbe poi ch'ella potesse da se sola autorizzargli a disporre di loro stessi, e quindi di tutt'i loro beni! Sarebbe al certo questa una manifesta contraddizione. Non si può dire d'altronde che la donna maritata, essendo sottoposta alla potestà maritale, può essere riguardata come nell' impossibilità di manifestare il proprio volere, non potendosi in lei supporne altro che quello del marito? Egli è vero che quest' ultima ragione si applicherebbe egualmente alla madre rimaritata e mantenuta nella tutela. Nè io del pari avrei alcuna difficoltà di riguardare il consenso della madre rimaritata come insufficiente, quantunque fosse ella stata mantenuta nella tutela, e per conseguenza suo marito nominato contutore. Prima di tutto si sa con qual leggerezza disgraziatamente si fanno, in generale, le deliberazioni de' consigli di famiglia. D' altronde si è potuto immaginare che non vi fosse pericolo a conservare la tutela alla madre, mediante la risponsabilità solidale che gravita sopra di lei e del secondo marito. Ma non s'incorre in risponsabilità alcuna per un consenso dato mal a proposito. Del resto, non essendo considerato per nulla il marito in questo consenso, non si potrebbe aver regresso contro di lui in alcun caso.

In conseguenza di tutti questi motivi, io non esito a credere che una volta celebrato il matrimonio col consenso della madre rimaritata, sarebbe difficile l' impugnarlo per l' insufficienza di questo consenso; ma che se non fosse ancor celebrato, e che vi sia stata opposizione per parte della famiglia, i giudici potrebbero avervi que' riguardi che la ragione può loro suggerire; e mi conferma in questa opinione appunto il riflettere che si era proposto al Consiglio di stato di aggiungere che in caso di morte del padre o della madre, basterebbe il consenso del superstite, *quand' anche fosse passato a seconde nozze*. Si sono soppresse queste ultime parole senza dubbio perchè si è creduto, che la circostanza d' un secondo matrimonio potesse avere in tal caso qualche influenza; ed effettivamente si osserva nella discussione, essersi giunto fino a dire, che potrebbe accadere che il giudice venisse ed esaminare fino a qual punto il consenso dello stesso padre rimaritato bastasse al matrimonio. *A fortiori*, dee conchiudersi lo stesso per la madre rimaritata (*a*).

(*a*) *Contro questa opinione del nostro autore fortemente si scagliano i primi napolitani editori del* Toullier *(tit. 1. pag.* 519 *e seg.).*

,, *Il sig.* Delvincourt, *dicon essi, inclina a sostenere che nel*
,, *caso anzidetto sia insufficiente il consenso materno, ma non aven-*
,, *do il coraggio di pronunziarsi per una opinione, la quale tende*
,, *ad* ajouter à la loi, *con mettere una limitazione arbitraria alla me-*
,, *desima, si contenta di conchiudere con molta esitazione ed ambi-*
,, *guità, che se il matrimonio si trovasse già celebrato col consenso*

dre (10), si richiede il consenso degli avoli, o avole, e così di seguito (11). In caso di dissenso nella stessa linea (12), il parere dell' ascendente maschio è preferito. Se vi è dissenso tra le due linee (13), esso equivale al consenso (14).

150
164

---

(10) Queste parole *in mancanza* ecc. non dinotano certamente se il padre o la madre non vogliano acconsentire; poichè in tal caso non vi ha consenso che possa supplirvi: ma s' essi fossero morti, o nell' impossibilità di manifestare la propria volontà.

(11) Cioè a dire, che se non vi siano avi, o avole, ma bisavi solamente, il di loro consenso è necessario, ecc.

(12) E nel medesimo grado, cioè che se, per modo di esempio, l' avo paterno acconsentisce, il matrimonio può aver luogo, benchè non acconsentisca l' avola paterna. Ma se non vi sia avo paterno, dee bastare il consenso dell' avola, quand' anche non acconsentisse il bisavo paterno.

(13) Se l' avo paterno dà il suo consenso, e che l' avo materno negasse il suo, o viceversa.

(14) Questa disposizione ha in se ciò di particolare, che se il futuro sposo abbia i suoi due avi paterni, ed i suoi due avi materni, l' assenso di un solo prevalerà sull' assenso degli altri tre. Di fatti sarà sufficiente, per modo d' esempio, che l' avo materno sia d' avviso favorevole al matrimonio, perchè prevalesse su quello dell' ava della medesima linea. Potrà dunque dirsi, che la linea materna acconsente al matrimonio. Vi sarà quindi dissenso fra le due linee; ciò che produrrà il consenso. Lo stesso avverrà se nella linea materna non vi sarà che un' ava la quale sia d' avviso favorevole al matrimonio. Essa prevalerà per se sola su i due avi paterni. Intanto generalmente si sa con

„ della madre rimaritata sarebbe difficile impugnarlo per ragion d'insufficienza di tal consenso; se poi il matrimonio non fosse ancor „ celebrato, i magistrati potrebbero avervi quella ragione che di „ dritto. Ma (ci si permetta il dirlo con buona pace di questo egregio scrittore) ciò non si chiama risolvere la quistione, ma sibbene „ ammettere una giurisprudenza versatile, da cui certamente furono „ lontani que' valenti uomini, che ebbero parte nella formazione del „ codice. Vediamo dunque quali sono le gravi difficoltà che scossero „ tanto l' animo del sig. Delvincourt, ed apprezziamone il valore „. E qui lungamente discorrono per toglier peso alle ragioni indicate dal nostro autore.

Checchè sia degli argomenti vicendevolmente prodotti, pare che abbiano però influito nella redazione dell' art. 164 delle nostre Leggi, ove si è aggiunto, nel caso della madre superstite, il bisogno del consenso pure dell' avo paterno, dandosi la preferenza al medesimo quando vi sia discrepanza. È desiderevole che negli altri casi proposti dal nostro autore possa la giurisprudenza delle corti d' appello incaricandosi de' motivi pro e contra prodotti, stabilire quella risoluzione che sia più confacente ai nostri usi.

Ma allorchè tutti gli ascendenti son morti (15), o nell'impossibilità di estrinsecare il loro volere, la maggiore età pel matrimonio è, fissata come per gli altri atti civili a ventun anni compiti indistintamente pe'maschi e per le femmine. (*Circa la maniera di comprovare la morte degli ascendenti, quando sia impossibile di procurarsene l'atto, veggasi più sotto il parere del Consiglio di stato approvato il 4 termidoro, anno 13*, Boll. n.° 858). Sino a tale età bisogna ottenere il consenso del consiglio di fa-
160 miglia (16). Per assicurare l'esecuzione di queste dispo-
174 sizioni, oltre la nullità del matrimonio che può aver luogo come vedremo in appresso, vi è anche una pena imposta a qualunque uficiale dello stato civile che avesse celebrato un matrimonio senza enunciare nell'atto il consenso delle persone indicate qui sopra nei casi in cui è richie-

---

quale facilità, soprattutto le avole, condiscendono ai desiderj de'loro pronipoti, e quando mai è da temersi che costoro non abusino della debolezza di esse per contrarre matrimonii mal assortiti. A me sembra che avrei preferito decidere, nel caso di disparità, i voti degli avi maschi dover prevalere, e che se i voti di costoro o delle avole in mancanza di quelli fossero divisi, questa discrepanza allora porterebbe seco il consenso.

(15) Noi vedremo più appresso come può comprovarsi la di loro morte quando è impossibile procurarsene l'atto.

(16) Se lo ricusasse, potrebbe esser costretto ad assegnarne i motivi? Io non lo credo. Alcuni han preteso su questo punto stabilire fra gli ascendenti e 'l consiglio di famiglia una distinzione, che non mi sembra in alcun modo fondata. E d'altronde il rifiuto del consiglio può aver per causa, prima di tutto, infinite ragioni leggiere in apparenza, ma che nulladimeno possono essere di qualche importanza, ove si tratti di unione che dee durare tutta la vita; e poi anche de' motivi che potrebbero essere ingiuriosi all' altra parte, ed esporre forse i membri del consiglio ad una dimanda di riparazione, o di danni ed interessi. Costringere dunque il consiglio di famiglia a dichiarare i suoi motivi, sarebbe lo stesso che esporlo sovente ad acconsentire ad un matrimonio ch' ei stimasse poco opportuno a formare la felicità dell' individuo sottoposto alla sua autorità (*a*).

(*a*) *Il sig.* Toullier *dopo d'aver da suo pari ne' num.* 490 *e* 491 *ragionato sul privilegio che hanno gli ascendenti di opporsi al matrimonio de' di loro figli minori senza produrne i motivi, sostiene nel num.* 492 *p. ed. non esser così del consiglio di famiglia, il quale non esercita riguardo ai minori che una magistratura sussidiaria. V. le nostre osservazioni a questo tit. sez.* IV. *ove ci determiniamo per l'opinione contraria a quella che qui emette il N. A.*

sto (17); questa pena è un' ammenda di sedici a trecento franchi, ed una prigionia di sei mesi almeno e di un anno al più (Cod. pen. art, 193, *144*). 156 *170*

Quando poi i maschi sono pervenuti all' età di anni venticinque e le femmine a quella di ventuno, sebbene la legge più non esiga assolutamente per lo matrimonio il consenso dei loro ascendenti, ciò non ostante dovendo i figli in ogni tempo onorarli e rispettarli, sono in obbligo di domandare il loro consiglio (18) anche quando avessero compita l' età maggiore richiesta pel matrimonio. 371 *287* 151 *166*

Questo consiglio debb' esser domandato a coloro fra gli ascendenti il di cui consenso sarebbe necessario (19) se gli sposi non fossero maggiori, e ciò con un atto

---

(17) In tal modo la pena debbe aver luogo sol perchè il consenso non sia enunciato, e ciò quand' anche non si fosse domandata la nullità del matrimonio, e che siansi dati i consensi necessarii sia posteriormente sia nel momento stesso del matrimonio. L' ufiziale pubblico è in colpa per non averli enunciati, e per aver esposto così un legittimo matrimonio ad essere impugnato sotto pretesto che manca il consenso della famiglia.

(18) Osservate la differenza ch'esiste nella redazione degli art. 148 † 163, e 151 † 166. Nel 148 si è detto: il *figlio o la figlia che non sieno giunti all' età*, ec. *non possono contrarre matrimonio senza il* consenso ec., d' onde risulta, in forza del principio che stabiliremo qui appresso, che se mai essi l' han contratto effettivamente senza questo consenso, può esser domandata la nullità del matrimonio, quantunque l' articolo non abbia detto *sotto pena di nullità*. Nell' art. 151 al contrario si legge: *i figli di famiglia giunti alla maggior età sono tenuti prima di contrarre matrimonio, a chiedere il consiglio* ec. Fin qui la legge è semplicemente imperativa; e siccome non vi si è aggiunta la pena di nullità, ne segue che l' inosservanza di questa condizione non offenderebbe la validità del matrimonio, ma darebbe solamente luogo a condanne contro l' ufiziale dello stato civile, come ci faremo a vederlo qui appresso.

(19) E nell' ordine qui sopra determinato, cioè a dire al padre, ed alla madre se ambedue sono vivi, in diverso caso al superstite; in mancanza di essi all' avo, ed all' avola, ec. Se vi sia e padre e madre, fa d' uopo forse notificare a ciascuno l' atto rispettoso? Credo che sì. L' art. 148 † 163 esige il consenso del padre e della madre; esso aggiunge, a dir vero, che in caso di dissenso, il consenso del padre basta; ma perchè vi sia dissenso, bisogna che siano ambidue consultati. In tal modo si giudicò a Bruxelles, il 5 maggio 1808 (SIREY, 1809, 2. parte, pag. 84); a Caen, il 12 dicembre 1812 (*ib.* 1813, 2. parte, pag. 157); ed in fine a Douai, il 25 gennaro 1815 (*ib.*, 1816; pag. 114.) ved. qui sopra la nota 7 p. 8 in fine.

rispettoso notificato per mezzo di due notari (20), o di un
154 notaro e due testimoni (21). Se ne stende quindi pro-
168 cesso verbale in cui si fa menzione della risposta (22)
data da quelli a cui l' atto è stato notificato.

Sino all' età di trent' anni per gli uomini e di venticinque per le donne, quest'atto va rinnovato due volte di mese in mese (23); e se l'ascendente, o gli ascendenti
152 persistono nel loro rifiuto, il matrimonio non può esser
167 celebrato se non un mese dopo il terzo atto. Passata una
tale età, basta una sola notificazione (24) perchè il ma-
153 trimonio si possa celebrare un mese dopo.

---

(20) E non per mezzo di un usciere, il di cui ministero non conviene alla natura dell' atto ed alla deferenza che i figli debbono ai loro genitori.

(21) Il figlio debb' esservi presente? La questione è controvertita. Vi han delle decisioni contro, dell' altre in favore. Sembra che anticamente si esigesse che il figlio andasse in compagnia del notaro. A me pare che sarebbe ciò più convenevole: il figlio chiede consiglio al padre, è giusto ch' egli stia lì per riceverlo. Nondimeno più volte è stato deciso il contrario e particolarmente dalla corte di Tolosa il 21 luglio 1821. (Sirey, 1822, 2. par. pag. 99).

(22) O della mancanza della risposta. Questa mancanza è per se stessa una risposta; poichè equivale ad un rifiuto.

L' atto debb' esser notificato alla persona dell' ascendente? Io non la penso così; e credo che basti l' esser notificato al suo domicilio: altrimenti sarebbe in libertà dell' ascendente di eludere la disposizione della legge, involandosi alle ricerche, o trasferendosi in un sito lontano dal suo domicilio. Così giudicato a Tolosa il 27 giugno e 21 luglio 1821. (Sirey 1822. 2. par. pag. 98).

(23) Se il primo è stato fatto il 20 maggio, il secondo potrà esser fatto il 20 giugno? Si è giudicata l' affermativa in Parigi, il 19 ottobre 1809 (Sirey, 1810, 2. parte, pag. 271). Io però non son di quest' avviso. Sembra risultare dalla redazione degli art. 152 † 167 e 153 T, e soprattutto dall' intervallo richiesto fra l' ultima notifica e 'l matrimonio, che abbia voluto il legislatore far interporre fra l'una e l' altra notifica l' intervallo di un mese: or siccome a' termini dell' art. 1033 † 1109 del Codice di procedura, il giorno della notifica e quello della scadenza non debbono esser calcolati negli atti notificati alla persona o al domicilio, dee conchiudersi, che qualora la prima ha avuto luogo il 20 maggio, il mese non ispira che il 20 giugno seguente; e in conseguenza la seconda notifica non poter farsi che il 21 giugno.

Aggiungete inoltre che gli atti rispettosi non sono atti di favore. Debbono dunque esservi rigorosamente osservate tutte le formalità richieste dalla legge.

(24) Sembrerebbe risultare precisamente dalla lettera dell' art. 153 † T, che fino all' età di trent' anni le figlie sono obbligate a fare tre atti rispettosi. Ma paragonando quest' articolo col 152 † 167, e con la discussione del Consiglio di stato, è evidente che vi sia dell' inesat-

In caso di assenza presunta o dichiarata dall' ascendente o degli ascendenti ai quali l' atto rispettoso avrebbe dovuto notificarsi, va supplito a questo colla copia della sentenza di dichiarazione di assenza, o in mancanza di tal sentenza, colla copia di quella con cui si fossero decretate le informazioni, o in fine se non vi sia stato ancora giudizio, con un atto di notorietà comprovante la non presenza e la mancanza assoluta delle nuove. Quest' atto è rilasciato dal giudice di pace del luogo in cui l'ascendente ha avuto l'ultimo suo conosciuto domicilio, dietro dichiarazione di quattro testimoni chiamati d'officio dal giudice sudetto. Ma siccome era spesso difficile, soprattutto alla povera gente, di procurarsi quest'atto, ignorandosi l'ultimo domicilio dell'ascendente, il succennato parere del Consiglio di stato inserito al *Boll.* num. 858 ha riparato a questo inconveniente, non meno che a quello risultante dalla impossibilità nella quale son qualche volta i contraenti di produrre gli atti di morte de' di loro genitori. Questo parere dice:

155, 69

1. Che in mancanza degli atti di morte del padre e della madre dei futuri sposi, basta che la morte sia attestata dagli avoli ed avole, e che sia fatta menzione di tale attestato nell'atto del matrimonio;

2. Che in mancanza degli atti di morte del padre, madre, avoli ed avole, e se la di loro non-presenza e privazione di nuove non possa esser provata nella forma prescritta dall' art. 155 del Codice, può procedersi alla celebrazione del matrimonio dei maggiori (25) sulla di loro giurata dichiarazione di non esser conosciuto il luogo della morte e quello dell'ultimo domicilio dei loro ascendenti; la quale dichiarazione debb' essere certificata dai quattro testimoni del matrimonio che affermeranno pure con giuramento di esser essi nella stessa ignoranza. Va fatta menzione nell'atto del matrimonio delle dichiarazioni suddette.

Tutte le disposizioni relative alla necessità del consenso dei genitori (26) se gli sposi sono minori rapporto

---

tezza nella redazione, e che l' articolo debba essere compreso nel senso che noi qui gli assegniamo.

(25) I minori hanno sempre bisogno del consenso del consiglio di famiglia.

(26) Solamente, e non degli avi o delle avole. Il figlio naturale

158 172 al matrimonio, egualmente che quelle relative agli atti rispettosi se sono maggiori, si applicano anche ai figli naturali legalmente riconosciuti. Riguardo a quelli non riconosciuti, 159 173 o che dopo che il furono hanno perduto i loro genitori, non possono maritarsi prima di 21 anni compiti che col consenso di un tutore nominato (27) *ad hoc* (28).

Il consenso dei genitori come abbiam di già osservato non essendo assolutamente necessario pel matrimonio de' loro figli maggiori, non si è dovuto applicare la pena di nullità all'inosservanza di una formalità tendente ad ottenere questo consenso: quindi il matrimonio che non è stato preceduto dagli atti rispettosi ove sieno richiesti, è valido; siccome però era d'uopo nulladimeno assicurare con qualche mezzo l'esecuzione della legge, si è creduto dover far subire la pena dell'infrazione all'ufiziale pubblico che per trascuranza o connivenza avesse arbitrato di celebrare un tal matrimonio: questa pena consiste nel-157 171 l'ammenda di sedici a trecento franchi e nella prigionia per lo meno di un mese (29).

---

non può essere riconosciuto che dal proprio padre o dalla propria madre; e questo riconoscimento non gli concede dritti di famiglia che a loro riguardo, e non mai a riguardo de' loro parenti.

(27) Da chi sarà nominato questo tutore? Non può esserlo certamente dalla famiglia. Il figlio naturale, anche riconosciuto, civilmente parlando non ha famiglia. Io immagino però che in questo caso se mai fu riconosciuto, dee applicarsi la disposizione dell' art. 409 † 330, e che il tutore debb' essere nominato da un consiglio di famiglia, composto di persone cognite per aver avuto relazioni abituali di amicizia col padre, o con la madre del minore. Se il figlio non sia stato riconosciuto, il giudice di pace comporrà il consiglio come lo crederà convenevole. Sembra che in certi luoghi questa nomina sia stata fatta direttamente dal tribunale di prima istanza. È indifferente che s'impieghi un modo o l' altro; sarebbe da desiderarsi però che se ne adottasse uno uniformemente in tutta la Francia.

(28) Cioè a dire, specialmente ad effetto di acconsentire al matrimonio: in conseguenza, se il figlio aveva già un tutore, bisognerebbe nominarne un altro, o che colui che v' è, fosse specialmente autorizzato ad acconsentire.

(29) *Quid* se gli atti rispettosi siano stati adempiti, ma non se ne sia fatta menzione nell' atto di celebrazione? L' uficiale pubblico non ha da subire alcuna pena. La ragione della differenza col caso dell' art. 156 † 170, relativo alla mancanza di enunciazione del consenso della famiglia, è che spesse volte non si trova altro vestigio di questo con-

Dal dritto che hanno gli ascendenti di dare il loro consenso o consiglio al matrimonio dei loro discendenti, risulta necessariamente quello di farvi opposizione se lo giudicano convenevole; questo dritto loro spetta nell'ordine sopra indicato relativamente al consenso per matrimonio (30). 173 *182*

Il consiglio di famiglia essendo chiamato, in mancanza di ascendenti, ed in caso di minore età de' futuri sposi, a dare il suo consenso al matrimonio, quelli che lo compongono debbono del pari essere ammessi a farvi opposizione, allorchè tal consenso non si è ottenuto nei casi ove si richiedeva. Questo dritto non è per altro indistintamente accordato a qualunque collaterale, ma solo al fratello dello sposo minore, alla sorella, allo zio, alla zia, al cugino o cugina germana maggiori (31).

---

senso che l' enunciazione fattane nell' atto di celebrazione. Potrebbe accadere dunque che la mancanza di questa enunciazione desse luogo alla nullità del matrimonio: se, per modo di esempio, l' ascendente che ha dato il consenso, venisse a morire, o a pretendere di non averlo prestato. L' atto rispettoso, al contrario, essendo legale ed autentico, dee restarne una minuta, e si è sempre quindi nel caso di provarne l' esistenza. D' altronde, supponendosi anche che questa minuta non si trovi, la mancanza degli atti rispettosi non darebbe affatto luogo alla nullità del matrimonio: la mancanza di enunciazione di questi atti non produrrebbe dunque le stesse conseguenze che la mancanza di enunciazione del consenso.

(30) Cioè a dire, in primo luogo al padre; in sua mancanza alla madre; in mancanza di entrambi, agli avi, ed alle avole ecc. Nel Consiglio di stato si era deciso che l' articolo 173 † 182 sarebbe così concepito: *In mancanza di padre e madre, gli avi; in mancanza di avi, le avole possono produrre opposizione*, ec. Intanto l' articolo è rimasto qual è. È avvenuto forse ciò per inavvertenza, come alcune persone l' han pensato? E dee credersi che le avole non abbiano dritto di produrre opposizione se non in mancanza degli avi? Io non lo credo affatto. In mancanza del padre e della madre, le avole concorrono con gli avi nelle diverse linee per accordare il consenso al matrimonio. Ora il dritto di opporre è fondato sul dritto di acconsentire.

(31) E non ai nipoti ed alle nipoti, quantunque più prossimi di grado che i cugini e le cugine: ciò sarebbe stato in qualche modo contrario all' ordine della natura, poichè relativamente al di loro zio e zia, *referunt speciem liberorum.*

Io non veggo perchè siasi ristretto a questi soli congiunti, il dritto di produrre l' opposizione. Può sovente accadere che l' uno de' futuri sposi non abbia congiunti al grado di cugino germano; ed allora perchè negare agli altri congiunti il dritto di opporsi, poichè essi farebbero parte del consiglio di famiglia, e che in tal qualità avrebbero il

Gli stessi individui hanno ancora il dritto di opporsi al matrimonio, quando alleghino che il futuro sposo, sebbene maggiore, sia in istato di demenza (32); ma in questo caso l'opposizione non è ammessa, che colla condizione per la parte opponente di far provocare l'interdizione nel termine fissato dal tribunale, che può an-
174 che, ove siavi luogo, pronunziare esser puramente e
183 semplicemente tolta l'opposizione (33).

Il tutore o curatore può egualmente, nei due casi precedenti (quello della minore età e quello della de-
175 menza), fare opposizione al matrimonio dopo di esservi
184 stato autorizzato da un consiglio di famiglia di cui può chiedere la convocazione (34).

---

dritto di dare il loro voto per la domanda di nullità del matrimonio? Non sarebbe forse meglio di accordar loro quello d'impedirlo? A me sembra che sarebbe stato più esatto il dire, che ogni congiunto il quale a' termini dell' art. 407 † 328 avesse il dritto di far parte del consiglio di famiglia, avrebbe egualmente quello di produrre opposizione al matrimonio. D'altronde i due motivi i quali permettono ai collaterali di produrla, sono assai rilevanti perchè non si arrischierebbe gran fatto, come pare, ad ammetterne de' più lontani in mancanza de' più prossimi.

Io non comprendo neppure perchè non siasi permesso ai collaterali di produrre opposizione in altri casi di maggior conseguenza, anche riguardo all' ordine pubblico, come sarebbero quelli d'incesto, bigamia, ec. Ciò non può essere se non perchè si è pensato il futuro matrimonio potersi in questo caso denunciare al pubblico ministero, il quale produrrebbe l'opposizione per l'interesse de' costumi: poichè quantunque un tal dritto non gli sia espressamente compartito, pure dandosegli quello di domandare la nullità del matrimonio in certi casi, con più ragione debb' egli avere la facoltà d'impedirlo nei casi medesimi: io stimo nondimeno che vantaggioso sarebbe stato concedere allora alla famiglia il dritto di fare opposizione.

(32) Io credo che sarebbe lo stesso nel caso di furore, o d'imbecillità, essendovi i motivi medesimi.

(33) S'egli è notorio non esservi demenza, e che sia un sutterfugio unicamente impiegato a procrastinare il matrimonio.

(34) L'articolo dice: *ch' egli potrà convocare*; ma risulta dal Titolo della *minorità*, che i particolari non possono che richiedere la convocazione, la quale dee sempre esser fatta dal giudice di pace (art. 406 † 327).

Non dee temersi forse che nell' intervallo di tempo necessario per la convocazione, non si trovi già celebrato il matrimonio? In generale si è dovuto, per quanto fosse possibile, favorire i matrimonj. Ma mi sembra, che il timore de' danni ed interessi era ben sufficiente per trattenere un tutore dal produrre un' opposizione mal fondata, so-

Ogni atto di opposizione deè contenere:

1. La qualità che dà all'opponente il dritto di produrla (35);

2. L'elezione del domicilio nel luogo ove il matrimonio debb'essere celebrato (36):

3. Il motivo dell'opposizione quando non sia fatta a richiesta di un ascendente (37): 176 *185*

---

prattutto dopo il piccol numero di casi nei quali può egli produrla.

Quid, relativamente al figlio naturale non riconosciuto, o a quello ch' essendo stato riconosciuto ha perduto il padre e la madre? Io non iscorgo ragione alcuna per ricusare al tutore, anche non autorizzato, il dritto di produrre opposizione nei casi previsti dall'art. 174 † 185. A che convocare un consiglio di famiglia? Quel minore non ne ha alcuna.

Nota. Noi non parliamo quì dell' opposizione che può esser prodotta da uno de' conjugi al secondo matrimonio dell'altro. Ne sarà questione allorchè tratteremo degl' impedimenti al matrimonio.

(35) Si è forse inteso per queste parole combinate colla fine dell' articolo, accordare il dritto all' usciere di giudicare la qualità di colui che si presenta per produrre l' opposizione? Io non posso immaginarlo. Ma io credo debba ciò intendersi nel senso che l' opposizione deve manifestare la qualità, in forza della quale l' opponente si crede in dritto di produrla. *Quid*, in fatti, se sia il marito d' una sorella ancora viva, e che fondi la sua ragione sull' art. 408 † 329? *Quid* s' egli sia vedovo, ma che abbia figli, e che reclami in suo favore l' art. 206 † T? L' usciere può esser mai competente per giudicare se quegli abbia la qualità necessaria? Apparterrà ai tribunali il pronunziare sul merito dell' opposizione. Basta che le parti conoscano la qualità dell' opponente, qualunque essa siasi.

(36) Per non vessare le parti costringendole a citar l' opponente nel suo domicilio reale che può essere molto lontano.

Ma se i due futuri sposi domiciliassero in due comuni diversi, come il matrimonio può essere celebrato indifferentemente nell' uno o nell' altro, l' opponente sarà egli obbligato di scegliere il domicilio in entrambi? Io no 'l credo; ma piuttosto bastare che l' elezione abbia luogo nel comune ove dimora colui intorno al quale l' opposizione è prodotta. Siccome appartiene al medesimo di citar l' opponente, egli solo ha interesse perchè abbia luogo l' elezione del domicilio e lo abbia nel comune in cui egli dimora; mentre in tal caso potrà difendersi innanzi al proprio giudice.

(37) L' ascendente godendo di un potere illimitato in formare l'opposizione, potrebbe avere qualche ragione che non vorrebbe manifestare in pubblico. D' altronde, egli è possibile che voglia ritardare il matrimonio sol per somministrare allo sposo il tempo di fare le riflessioni convenevoli. Non è poi così riguardo al collaterale che non può produrre opposizione se non pei motivi e ne' casi determinati dalla legge. Fu giudicato a Bourges, il 30 marzo 1813 (Sirey, 1813, 2. parte, pag. 169), che l' opposizione del padre poteva restar salda, malgrado che non fosse fondata sopra alcun impedimento dirimente, e neanche

proibitivo espressamente preveduto della legge. Nel caso trattavasi di una giovane che voleva sposare un servo di suo padre, uscito dalle galere, non riabilitato, ed il quale aveva abusato della sua familiarità per sedurla. Tal decisione venne cassata con arresto del 7 novembre 1814 (*Boll.* n.° 94). (*a*) Egli è ben dispiacevole che venga obliato il principio, nulladimeno inconcusso, che una decisione non può nè dev'essere cassata se non quando contiene una contravvenzione formale alla legge, e che tal principio sia soprattutto applicabile al caso in cui simili decisioni tendono a mantenere i costumi, ed a venire in soccorso dell' autorità paterna sì indebolita a' nostri giorni. Or nel caso cennato non solamente era impossibile di citare un solo articolo formalmente opposto alla decisione di Bourges; ma si poteva sostenere ancora che fosse quella uniforme all'art. 176 † 185 combinato con l' art. 174 † 183. Poichè, determinando quest' ultimo i casi ne' quali l' opposizione può essar prodotta dai collaterali, e non fissandone alcuno per gli ascendenti, e l'art. 176 al contrario decidendo formalmente, ch' essi non sono neppure tenuti ad inserire alcun motivo nell' atto di opposizione; si può molto a proposito dedurne che il legislatore abbia desiderato accordar loro una più ampia estensione. Di fatti chi impediva il dire, per modo di esempio, che l' ascendente poteva produrre opposizione per qualunque causa la quale, supponendosi conosciuta, doveva impedire il matrimonio? La legge neppure si espresse in questo senso; e non si può pretendere che il suo silenzio sia fondato sull' idea che l' opposizione dell' ascendente potesse avere altri motivi impossibili a prevedersi. E d' altronde, quand'anche fosse vero che i due articoli potessero egualmente esser compresi in senso diverso, non può negarsi che vi sia almeno alcun dubbio; quindi non più contravvenzione formale, non cassazione; e ciò che pruova nella quistione la verità di tal ragionamento si è la debolezza de' motivi dell' arresto di cassazione. Ve ne sono due principali:

Il primo è che la dottrina su cui fondasi la decisione di Bourges tende a prolungare l' autorità paterna al di là dell' epoca statuita dalla legge. Ma la legge non ha imposto limiti alla durata dell' autorità paterna, la quale regge quanto la vita del padre e della madre, solamente con diversi effetti secondo le epoche diverse. Or questa differenza negli effetti si fa osservare nel nostro sistema: prima della maggiore età il semplice rifiuto dell' ascendente senz' alcun motivo basta per impedire il matrimonio; mentre dopo la maggiore età egli è obbligato ad esporre le sue ragioni al tribunale che pronunzia sulla di loro validità.

Il secondo motivo della decisione tratto dal pericolo di ricadersi nell' arbitrio, è troppo vago. L' articolo 5 † 3 del Codice che obbliga i tribunali di giudicare nel silenzio della legge introduce necessariamente un arbitrio, il quale sfugge anche alla cassazione, poichè appena si suppone che la legge taccia, non si può dire perciò che i tribunali vi abbiano contravvenuto.

Dietro tutte queste considerazioni conchiudiamo dunque, che la decisione di Bourges era conforme alla sana morale, che non contradiceva ad alcuna disposizione della legge, e che in conseguenza non doveva essere in alcun modo cassata (*b*).

(*a*) *V. Questa decisione nel Cod. annot. p. 209 Tom. 1. n. 4.*

(*b*) *Gli annotatori di* Toullier, *l. c. pag. 330, parlando del privilegio che han gli ascendenti di opporsi al matrimonio senza in-*

Nota — La corte di Caen diede fuori una decisione simile a quella di Bourges, il 9 giugno 1813. (Sirey, 1813, 2. parte, pag. 377).

dicarne i motivi, non fanno alcuna distinzione di tempo e di persona, e pare che siano della contraria opinione del nostro autore, encomiando la decisione della cassazione di Parigi del 7 novembre 1814.

Noi spiegheremo nelle osservazioni, sez. iv., *che questo privilegio non è accordato agli ascendenti dalle leggi se non quando si oppongono al matrimonio de' loro figli minori. Ma possono opporsi pure negando il loro consenso ai figli maggiori sino all' età di anni venticinque, od il loro consiglio, qualunque sia l' età di costoro. In questi due ultimi casi vale quel che dicono gli egregi annotatori, che sebbene possono dagli ascendenti prodursi le opposizioni senza indicarsene i motivi, ciò però non è che momentaneo, mentre i tribunali han dritto di discuterli, e toglier le opposizioni. Sarebbe un errore supporlo quando si oppongono al matrimonio de' figli minori; e la stessa decisione da loro encomiata riguardava la figlia maggiore.*

Ma pare ch' essi credano obbligati gli ascendenti ad esporre i motivi anche opponendosi al matrimonio de' figli minori, e che costoro possano farli discutere dal tribunale; ciò appunto si rileva da quel che soggiungono a pag. 533. " *Quì potrebbe da alcuno osservarsi che sembra indecente e poco morale il permettere che un figlio o una figlia ancor minori vengano a lizza col padre circa il consenso da darsi al matrimonio, e si apra tra loro la scena scandalosa di una* lite. *Chi rappresenterà cotesti figli ancora minori? Chi li autorizzerà a ricorrere od a stare in giudizio? Da qual età in avanti ciò sarà loro permesso? Può parer convenevole che una fanciulla di* 12 *o di* 13 *anni, o un giovanetto di* 14 *o* 15 *si facciano arditi a chiedere ragione dal padre del di lui dissenso, e* contender *con lui accusando di capriccio tale renitenza? Il Codice tace su di ciò, e forse tal silenzio potrebbe recar imbarazzo nella pratica. È vero che il più delle volte avviene che agisce la parte dello sposo o della sposa, che ha premura di conchiudere il matrimonio col minore o colla minore, quando sia sicuro che il minore vi aderisce, e l' ostacolo dipende unicamente dal padre o dalla madre. In ogni modo ove il figlio o la figlia minore volessero* agire, *non dovrebbe per nostro avviso ammettersi la dimanda della figlia prima di compiere gli anni quindici, e del figlio prima di compiere gli anni diciotto, età definita dalla legge in cui è permessa la emancipazione a' termini dell' art.* 400 *del nuovo codice delle leggi civili . . . . . .* Basterebbe adunque al padre o alla madre allegare questo solo motivo, senza entrare in altre indagini. *Forse converrebbe che ciò fusse spiegato in modo legislativo* ".

Noi siam compresi di maraviglia su ciò che abbiam letto, tanto più che dal di loro autore si dice che i figli (parla de' minori) non possono nè anche col consenso della famiglia, chieder conto ai loro ascendenti della ragione del rifiuto, nè denunziare ai tribunali i motivi di tal rifiuto, l' amore dei padri e delle madri facendo presumere che questi motivi siano ragionevoli. Son queste le parole di Toullier *da essi tradotte nel num.* 491, *e che il dotto autore appoggia colle citazioni di* Pothier *n.* 332, *e di* Freaeneau, Sposi-

Il tutto sotto pena di nullità dell'atto (38), e del-
176 l'interdizione dell'ufiziale ministeriale che lo avesse sot-
185 toscritto;

4. La sottoscrizione sull'originale e sulla copia, delle
66 persone opponenti, o di quelle munite di procura spe-
69 ciale ed autentica.

L'atto di opposizione debb' essere intimato colla co-
ivi pia della procura, se ve n'è, alla persona od al domi-
cilio delle parti (39) ed all'ufiziale dello stato civile (40),
67 il quale appone il suo *visto* sull'originale e ne fa subito
69 sommaria menzione su i registri delle pubblicazioni.

---

(38) Ma nel caso che un' opposizione è dichiarata nulla per mancanza di forma, può essere rinnovata? A Bruxelles si decise negativamente il 26 decembre 1812. (Sirey, 1813, 2, parte, pag. 379), ed intanto si trattava di un' opposizione prodotta dal padre e dalla madre. Io son d' avviso che i giudici debbano in questo caso aver riguardo alle circostanze; ma che come punto di dritto, la nullità risultante da una mancanza di forma, non deve impedire affatto la rinnovazione dell' opposizione, come non impedirebbe la rinnovazione di ogni altro atto.

(39) In plurale. Per conseguenza, l'opposizione prodotta al matrimonio di uno de' futuri sposi, dev' essere intimata al suo domicilio, ed a quello dell' altro. Ma colui verso il quale non si è prodotta opposizione, potrebbe domandare che fosse tolta? Io non la penso così. Se l'altro non la domanda, è perchè egli rinunzia al matrimonio. Ma in tal caso, perchè notificare l' opposizione alle due parti? Ciò si fa perchè quella contro la quale non si è prodotta, ne abbia intanto notizia, e sappia a qual partito appigliarsi pel suo futuro matrimonio, anche a non contrarlo, se avvenisse che l' uffiziale dello stato civile, per ignoranza o prevaricazione acconsentisse a celebrarlo.

(40) Basta che sia notificato all'ufficiale di uno dei comuni in cui sia stato o debba esser pubblicato il matrimonio. (Argomento tratto dall' art. 69 † 71). Sicuramente per inavvertenza è scritto nell' opera del signor Proudhon, che basta notificare l' opposizione all' ufficiale dello stato civile del domicilio dell'opponente. Questo domicilio è qui

zione de' motivi, *pag.* 306, *e dell' argomento tratto dall' art.* 176.

Quindi senza impegnarci a rispondere a tutte le proposizioni enunciate in questo paragrafo, ci basta di far osservare che la legge tace appunto perchè i figli minori non sono ammessibili a ricorrere contro la non motivata opposizione de' loro genitori, nè i tribunali ad immischiarsene. Pur troppo ha la nuova legislazione con rammarico de' buoni limitata la paterna potestà, e minorati i riguardi dovuti alla domestica autorità nel permettere giudiziarie contese tra genitori e figli: ma pure le ha vietate ai figli minori; e questa leggiera limitazione offende, e si vorrebbe quasi per una grazia ridurla sino all' età necessaria per l' emancipazione !...

Quando vi è opposizione ad un matrimonio, l'ufiziale dello stato civile non può celebrarlo se prima non gli è presentato l'atto col quale è stata tolta l'opposizione (41), e ciò sotto pena di trecento franchi di multa e di tutt' i danni ed interessi. 68 *70*

La domanda pel rivocamento dell'opposizione viene prodotta avanti il tribunale di prima istanza (42), che dee decidere entro dieci giorni. Se vi è appello, viene ultimato il giudizio ne'dieci giorni successivi alla citazione (43). 177 *186* 178 *187*

Gli opponenti, purchè non siano ascendenti (44), se l'opposizione è rigettata, possono essere condannati al risarcimento dei danni e delle spese; e l'ufiziale civile fa menzione del giudicato in margine dell'iscrizione dell'oppozione: debb'essere pur fatta menzione all'uopo di ogni atto di rivocamento di opposizione (45) di cui gli si rimette copia. 179 *188* 67 *69*

Oltre i consensi di sopra enunciati, i militari in attività di servizio sono in obbligo di ottenere, cioè, gli ufiziali, il permesso in iscritto del Ministro della guerra, ed i sotto ufiziali e soldati quello del Consiglio d'amministrazione del loro corpo, sotto pena, per quelli, di essere destituiti e di perdere ogni dritto così per essi che per le vedove ed i figli loro a qualunque pensione o ricompensa militare.

---

una cosa molto indifferente, ammeno che non sia lo stesso di quello dell' uno degli sposi.

(41) Osservate intanto che celebrato il matrimonio, non ostante l'opposizione, non diverrebbe nullo, se non quando il motivo dell'opposizione fosse da se stesso bastante a farne pronunciare l'annullamento.

(42) Senza aver bisogno di ricorrere al preliminare della conciliazione. (Pr. 49 † T).

(43) *Quid* se vi sia ricorso per cassazione? La legge non previde questo caso. A me sembra che avrebbe dovuto ordinarsi, che il ricorso si sarebbe egualmente giudicato in breve termine, ed anche che fosse sospensivo, se la decisione che si vuol far cassare avesse pronunciato di togliersi l'opposizione; e ciò per analogia dell' art. 263 † T.

Nota. Fu deciso a Parigi il 19 settembre 1815, che in questo caso il ricorso non fosse sospensivo. (Sirey, 1816; 2. parte, pag. 343).

(44) Gli ascendenti si suppone sempre che abbiano un buon motivo: gli altri potrebbero esser guidati da spirito di malevolenza.

(45) Volontario; ma in tal caso l'atto deve stendersi innanzi notajo, e con minuta, a'termini dell' art. 67 † 69, il quale esige che ne sia rimessa una copia all' ufficiale dello stato civile.

Qualunque ufiziale dello stato civile che scientemente celebri il matrimonio di una delle persone di sopra indicate senza farsi presentare il necessario permesso, o che abbia trascurato di unirlo all' atto della celebrazione, sarà destituito (46) (*decreto de' 16 giugno 1808*, boll. num. 3463).

Queste disposizioni sono state applicate:

1. Agli intendenti e sotto-intendenti militari, ai loro aggiunti ed alunni in questa parte;

2. Agli ufiziali di sanità militari di ogni classe e di ogni grado;

3. Agli ufiziali, sotto-uffiziali, e soldati in attività di servizio nei battaglioni di equipaggio (*decreto de' 28 agosto 1808*, boll., n.° 3681;

4. Agli ufiziali riformati che godono di un soldo di riforma (*parere del Consiglio di stato approvato il 21 dicembre 1808*, boll. n.° 4032);

5. Agli ufiziali ed aspiranti della real marina, agli ufiziali delle truppe di artiglieria della marina, agli ufiziali del genio marittimo, agli amministratori della marina, e finalmente a qualunque ufficiale militare o civile del dicastero di marina che fosse nominato dal re. Quindi niuno dei detti ufiziali ec. può maritarsi senz' averne la permissione in iscritto del Ministro della marina.

Ciò non ostante sono autorizzati i capitani generali delle colonie ed i comandanti coloniali ad acconsentire al matrimonio degli ufiziali loro rispettivamente subordinati, tutte le volte che le circostanze mal comporterebbero l' attendere il permesso del ministro, e colla responsabilità dei capitani e comandanti medesimi di rendergliene conto nella più prossima occasione.

6. Ai sotto-ufiziali e soldati delle truppe appartenenti allo stesso dicastero, che non possono egualmente maritarsi senz' averne ottenuto il permesso dal Consiglio di amministrazione del loro corpo (decreto de' 3 agosto 1808, *Boll.* n. 3604).

---

(46) Ma il matrimonio è sempre valido, dapoichè il decreto non pronuncia la nullità, e non è neppure concepito in termini proibitivi.

Sezione IV.

Degl' impedimenti del matrimonio.

Noi intendiamo qui per *impedimento del matrimonio* una qualità della persona che la rende incapace, sia di contrarre un matrimonio qualunque, sia di contrarne con tale o tal altra persona.

Noi diciamo una *qualità della persona*, poichè vi ha degli altri impedimenti che nascono dalla mancanza di alcuna delle condizioni richieste per la validità del matrimonio; ma siccome sono stati o saranno indicati ragionando di queste condizioni, qui non si fa parola che degl' impedimenti risultanti dalla qualità delle persone che d' altronde riuniscono tutte le altre condizioni di cui abbiam fatto parola.

Che la rende incapace sia di contrarre ec. Da ciò risulta una divisione d' impedimenti in assoluti e relativi (47).

---

(47) Inoltre si distinguevano anticamente due specie d' impedimenti al matrimonio; cioè proibitivi e dirimenti.

Gl' impedimenti proibitivi erano quelli che impedivano, è vero, di contrarre il matrimonio, ma che non lo facevano annullare, quando si trovasse contratto: tal era fra gli altri quello risultante da sponsali con altra persona adempiuti.

Gl' impedimenti dirimenti erano quelli i quali non solo impedivano di contrarre il matrimonio, ma potevano farne anche pronunciare la nullità.

Vi hanno ancora nel dritto attuale degl' impedimenti proibitivi fra quelli che nascono dalla mancanza delle condizioni prescritte per la legittimità del matrimonio; tali sono quei che risultano dalla mancanza di atti rispettosi, o di pubblicazioni; tal è quell' altro ancora che risulta dall' assenza del primo conjuge, ec.

Ma non avvene alcuno di questo genere fra quelli di cui si parla in questa sezione, e che risultano dalla qualità delle persone; essi sono tutti dirimenti, salvo ciò che verrà detto nella nota 51 pag. 26.

§. I.

Degl' impedimenti assoluti.

L' impedimento assoluto è quello che fa ostacolo a potersi contrarre matrimonio con chicchessia. Ve ne hanno due nell' attuale dritto: il legame di un primo matrimonio, e la morte civile (48).

Non si può in generale contrarre un secondo ma-
147 trimonio se non dopo lo scioglimento del primo (49); bi-
155 sogna dunque che questo scioglimento sia legalmente provato (50). Intanto quest'ultima disposizione non è rigo-

---

(48) Esisteva ancora un terzo impedimento assoluto, risultante dal divorzio pronunciato in virtù di mutuo consenso. Ma siccome quest' impedimento non era che temporaneo, e non durava che per tre anni computabili dalla sentenza di divorzio, e che presso a poco questo spazio di tempo è trascorso dalla promulgazione della legge che ha abolito il divorzio, non si è creduto necessario di parlarne.

(49) È da osservarsi che questa non è una legge religiosa, ma una legge civile; dal che risulta ch' essa obbliga anche quei francesi che fossero seguaci di una religione la quale permettesse la poligamia.

Indipendentemente dalla nullità del secondo matrimonio, l'art. 340 del Codice penale pronuncia anche la pena de' lavori forzati a tempo contro il conjuge rimaritato, e contro l' ufficiale pubblico, il quale abbia scientemente prestato nel matrimonio il suo ministero (*a*).

(50) La legge che ordina di presentare la pruova legale della dissoluzione del primo matrimonio prima di poterne contrarre un secon-

(*a*) *Il cit. art. 340 del Codice penale è concepito in questi termini: ,, Chiunque essendo impegnato co' legami del matrimonio ne ,, avrà contratto un altro prima dello scioglimento del precedente, ,, sarà punito co' lavori forzati a tempo. — L' uffiziale pubblico che ,, avrà prestato il suo ministero a questo matrimonio, conoscendo ,, l' esistenza del precedente, sarà condannato alla stessa pena ,,.*

Gli corrisponde l'art. 331 delle nostre Leggi penali, che si spiega così: ,, Esistendo un matrimonio legittimo, chiunque dei due ,, conjugi ne contragga un secondo sarà punito colla reclusione; ,, salve le pene maggiori nei casi di falso, le quali allora non saranno applicate nel minimo del tempo ,,. Non fu esso menzione dell'ufiziale pubblico, poichè s'egli è complice, la sua reità è indicata nell'art. 74, e la pena segnata nell' art. 75, e con un grado dippiù per la qualità di ufiziale pubblico incaricato di vigilare su di ciò. S' egli manca per negligenza, o per l' ommissione della pruova legale dello scioglimento del primo matrimonio, la pena è scritta nell' art. 244 che noi analizzeremo nelle osservazioni a questo Titolo.

rosamente osservata se non quando il secondo matrimonio non sia stato ancora contratto; poichè se esso avesse effettivamente avuto luogo, il conjuge rimaritato non potrebbe esser costretto a somministrar la pruova dello scioglimento del suo primo matrimonio (51). Noi abbiamo di già fatta l' applicazione di questo principio nel Titolo *dell' assenza.* 139

L' impedimento risultante dal legame di un primo matrimonio si estende anche al di là dell' epoca del suo scioglimento, riguardo alla donna, che non può rimaritarsi se non dieci mesi dopo sciolto il primo (52), e ciò sot- 228 156

---

do, non ammette eccezione alcuna, anche in favore delle mogli dei militari, e malgrado tutte le presunzioni che risultar potrebbero, sia dalle testimonianze verbali, sia dall' assenza prolungata. (Parere del Consiglio di stato, approvato il 17 germinale anno 13, boll. n.° 666) Vedete la legge del 13 gennajo 1817 (boll. n.° 1537) le cui disposizioni sono state riferite nella nota 84, Tom. 1 pag. 270.

(51) In tal modo potrebbe dirsi a rigore, che la mancanza di pruova per la morte del primo conjuge, è un impedimento semplicemente proibitivo, finchè la di lui esistenza non sia sicura. Io non credo dunque che debba ammettersi la distinzione fatta dal signor Proudhon fra il tempo anteriore, o posteriore alla dichiarazione di assenza. In qualunque epoca siasi contratto il secondo matrimonio, se non può provarsi che esisteva il primo anche al momento della celebrazione del secondo, bigamia non vi esiste, e 'l secondo matrimonio non può essere in verun modo impugnato: ciò è fondato sul principio che l' assente il quale non ricomparisce, si presume morto fin dal giorno della sua scomparsa.

(52) Oltre al motivo tratto dalla pubblica onestà, questa disposizione ha ancora per oggetto principale l' impedire la confusione del parto, *confusionem partus.* Una donna si marita un mese dopo la morte del suo primo consorte, e partorisce dopo otto mesi: chi mai sarebbe il padre del fanciullo? Ad oggetto di prevenire ogn' incertezza su tal proposito, fu redatto l' articolo; ma questo impedimento è dirimente, o non è che proibitivo? È questo un punto controvertito, poichè dicesi che la legge non ha pronunciata la nullità; e che d' altronde questa proibizione non si trova registrata fra le cause di nullità del matrimonio, di cui trattasi nel Titolo *del matrimonio*, cap. IV (*a*). Tai sono i principali motivi di una decisione della corte di cassazione del 29 ottobre 1811 (*Giurisprudenza del cod. civ.* tom. 18. pag. 1.) la quale sembra aver giudicato, che questo impedimento fosse puramente proibitivo. Ma io osservo prima di ogni altra cosa, che per riguardarsi come dirimente un impedimento, non è necessario che pro-

(*a*) *Veggasi quel che si dirà su tal quistione nelle nostre osservazioni sez. IV, dove riporteremo il sentimento del sig.* Toullier *opposto a quello del nostro autore.*

to pena di un' ammenda di sedici a trecento franchi a
296 danno dell'ufiziale dello stato civile che avesse celebrato

---

duca sempre la nullità del matrimonio; basta solo ch' esso abbia la possibilità di produrla, quantunque in alcuni casi delle circostanze particolari potessero determinare i giudici a non pronunziare sul merito ed a decidersi, per modo di esempio, in vista di un' eccezione d' inammessibilità. Ciò posto, ecco i motivi che mi han determinato ad annoverare questo impedimento nel numero dei dirimenti. Il primo si è che vi ha proibizione della legge: la donna non può, dice l' art, 228 † 156. Ora, *ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod factum est.* (L. 5, Cod. *de legibus.*) E questo principio è formalmente consacrato dalle considerazioni di un arresto della corte di cassazione, del 13 febbrajo 1819 (Sirey, 1819, 1. par. pag. 157). Ed in fatti se perchè l' atto sia valido basta che la legge non abbia ancor pronunciata la nullità, ne segue che trovandosi un ufficiale pubblico ignorante o corrotto, o che si pervenga ad ingannarlo, i conjugi divorziati potranno riunirsi; quello che ha fatto il divorzio per causa di adulterio potrà sposare il suo o la sua complice; ed in fine il matrimonio contratto da uno civilmente morto, sarà valido e non potrà essere impugnato, ec. Dapoichè in nessuno di questi casi la legge ha pronunciata espressamente la nullità, ed essi non sono affatto messi nel numero delle cause di nullità enunciate nel cap. IV. Io non credo che i partegiani dell' opinione opposta ardiscano andare fino a tal punto, ed intanto la regola debb' essere generale. Io immagino dunque che ogni qualvolta la legge si è espressa in un modo proibitivo, quando ha detto che *un individuo non può fare tale o tal atto*, essa con ciò solo lo ha posto nella legale incapacità di fare l' atto vietato, ed ha del pari sol così colpito di nullità l' atto contro la sua proibizione eseguito; in una parola, che la proibizione della legge dee stabilire nell' ordine legale la stessa impossibilità che stabilisce l' impossibilità fisica nell'ordine naturale. *Particula negativa*, dice Molineo, *praeposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.* Vedete le considerazioni di due arresti della corte di cassazione, uno del 4 dicembre 1818, e l' altro del 13 febbrajo 1819 (Sirey, 1819, 1. par. pag. 127 e 257).

Io aggiungo che nella maggior parte di questi casi, la legge non avendo pronunciata alcuna pena particolare, nè contro de' conjugi, nè contro gli ufficiali dello stato civile, se si pretendesse ancora che non vi può esser luogo alla nullità del matrimonio, ne risulterebbe che tutte queste disposizioni d' altronde importantissime resterebbero senz' alcuna sanzione, e potrebbero esser impunemente violate. Or *la legge sarebbe troppo imperfetta se non annullasse ciò che si sarebbe praticato contro le sue proibizioni, e se ne lasciasse impunita la contravvenzione.* (Domat, lib. prelim. tit. 1.° art. 20).

Nota. La presente ragione non ha più tanta forza da che il Codice penale ha col suo art. 194 pronunciato, nel caso di violazione dell' art. 228 † 156, la pena di un' ammenda da 16 a 300 franchi contro l' uf-

il matrimonio della vedova prima dello spirar di tal termine (Cod. pen. art. 194, 244).

---

ficiale dello stato civile. Ma siccome la disposizione del Codice penale è posteriore di gran tratto al Codice civile, non può conchiudersi cos' alcuna relativamente all'intenzione ch' ebbe il legislatore nel sanzionare l' articolo 228. Di fatti se il matrimonio celebrato in contravvenzione del detto articolo era nullo prima del Codice penale, certamente la nullità non è stata affatto abrogata da questo Codice; e tutto quello che può inferirsi dall' articolo 194, si è aver il legislatore immaginato che l'ufficiale dello stato civile dovendo più necessariamente delle parti conoscere le disposizioni della legge, era più colpevole di queste, quando le lasciava infrangere, e doveva essere punito; e che inoltre più valevole mezzo a prevenire queste stesse infrazioni era il far cadere la pena sull'ufficiale suddetto, il quale non avendo in ciò alcuno interesse particolare, prenderebbe precauzioni maggiori onde prevenire una violazione di cui sarebbe egualmente risponsabile (*a*).

Del resto, questi principj sono applicabili generalmente a tutt' i casi nei quali la legge si è contentata di stabilire una proibizione, senza pronunciare espressamente la nullità; ma da un altro lato, io converrei che siccome non vi ha materia nella quale le eccezioni d' inammissibilità debbono essere più favorevolmente ammesse, che in quella del matrimonio, egli è più che possibile che nel caso dell' art. 228, i tribunali, senza giudicare del merito, si decidano facilmente per una di tali eccezioni qualunque; come, se il secondo matrimonio ha durato lungo tempo, si potrà pensare che *novo quasi consensu convaluit*, soprattutto se non sia risultato inconveniente alcuno dalla violazione; per modo di esempio, se non sia nato alcun figlio dal secondo matrimonio, o se la nascita non sia avvenuta che qualche anno dopo d' essere stato contratto. Ma se una donna si rimaritasse otto giorni dopo la morte del marito, e venisse a morire due mesi dopo, io non veggo come i tribunali potrebbero dispensarsi di pronunciare la nullità del matrimonio, se questa fosse richiesta, per modo di esempio, dagli eredi della donna, e per annullare le donazioni che avrebbero potuto essersi fatte al marito nel contratto di matrimonio. Poichè, come mai potrebbesi convalidare, riguardo agl' interessi del marito, un atto il quale non ha potuto altrimenti eseguirsi che trasgredendo la legge, e fargli trar vantaggio da questa trasgressione? Se noi supponiamo da un'altra parte che per mezzo dell'apertura del cadavere siasi scoverto, che la donna era gravida al momento della morte, e ch' essa poteva essere del pari incinta all' epoca della morte del primo marito, ecco un' unione la quale avrebbe necessariamente prodotto la confusione del parto, e così cagionato un inconveniente maggiore, che la legge particolarmente volle evitare; ed intanto, questa unione sarà inattaccabile,

(*a*) *Il citato art.* 194 *ingiunge l' ammenda di sedici a trecento franchi all' ufiziale civile che abbia ricevuto prima del termine prescritto nell' art.* 228 *del Codice civile l'atto di matrimonio di una donna che fu già maritata. Le nostre Leggi penali non fan menzione di questo caso, compreso nella disposizione generale dell' art.* 244.

In conseguenza del principio che meglio sia prevenire il misfatto che punirlo quando è commesso, si è dovuto dare alla persona che si pretende impegnata in matrimonio (53) con uno dei futuri sposi, il dritto di fare

---

e la legge prodigherà tutta la sua protezione ad un atto che non ebbe altro oggetto se non di violarla in una delle sue disposizioni le più importanti! Io lo replico, in tutti questi differenti casi, riguardò come incontrastabile l'applicazione de'principj da me stabiliti, e che mi sembrano conformi alla ragione del pari che alla morale.

Ma se non ostante la proibizione della legge, la donna contraesse di fatto un secondo matrimonio un mese o due dopo lo scioglimento del primo, e che venisse a partorire sette o otto mesi dopo, a quale delle due unioni il fanciullo apparterrebbe? L'imbarazzo in cui la decisione di questa quistione ci getterebbe, basta solo a dimostrare quanto sia importante la proibizione dell'art. 228. Io penso, del rimanente, che ciò rientrerebbe del tutto nella facoltà del giudice, il quale dovrebbe decidersi in vista delle circostanze salvo, essendo d'altronde tutte le cose eguali, a prendere il partito che fosse più utile al fanciullo. Le leggi inglesi decidono in questo caso che appartiene al fanciullo la libertà di scegliere, quando sarà giunto all'età di ragione, qual delle due persone maggiormente gli convenga di avere per padre. (Blackstone, tom. 2. cap. 8. n.° 2.) (*a*)

(53) Non vi ha che il matrimonio che possa somministrare il dritto di produrre opposizione. Una semplice promessa di matrimonio non basterebbe, come altra volta; ma darebbe almeno luogo ai danni ed interessi? Io non lo penso, quand' anche essi venissero stipulati colla stessa promessa. Così venne giudicato, e giustamente, in cassazione, il 12 decebre 1814. (Sirey, 1815, 1. parte, pag. 159.) La promessa di matrimonio non è obbligatoria, e quindi non vi possono essere danni ed interessi per mancanza di esecuzione di un obbligo nullo. Se intanto l'inesecuzione della promessa avesse cagionato un pregiudizio pecuniario all'altra parte, come, se si fossero eseguite delle compre di-

(*a*) *Prevede pure il* Toullier *questa forte opposizione al suo sentimento che non può sostenersi ne' termini generali com' ha egli fatto, e vedrà il lettore come debolmente vi risponde poichè ne riporteremo le parole del num.* 666, *terza edizione.* ,, *Se la donna* ,, *malgrado la proibizione dell' art.* 228, *si rimarita sul finir del* ,, *terzo mese dallo scioglimento del primo matrimonio, e partorisce* ,, *cento ottantuno giorni, o sei mesi ed un giorno dopo il suo se-* ,, *condo matrimonio, potrebbe da un lato dirsi che il neonato ha* ,, *per padre il primo marito, perchè è nato* 269 *giorni soltanto* ,, *dopo la di lui morte; dall' altro ch' egli appertenga al secondo* ,, *marito, per esser nato* 181 *giorni dopo il matrimonio. I nostri an-* ,, *tichi autori pensavano che si doveva presumere che il neonato ap-* ,, *partenesse piuttosto al secondo marito che al primo. V.* Lacombe, ,, Jurisp. civ. *alla voce* enfant, *n.* 8, *e gli autori ch'egli cita. Veg-* ,, *gasi ancora* Proudhon *tom. II. pag.* 37 ,,.

opposizione all' unione che quest' ultimo contrar volesse 172
con altri. Siffatta opposizione è formata e giudicata come 181
quella che si produce dalla famiglia (54).

Riguardo all' impedimento risultante dalla morte civile, noi abbiam visto che uno degli effetti di essa era di sciogliere ancora il matrimonio esistente, e tanto maggiormente di rendere il condannato incapace di contrarne 25
alcun altro

§. II.

Degli impedimenti relativi.

Gl' impedimenti relativi sono quelli che non tolgono in generale la facoltà di contrar matrimonio, ma lo vie-

---

venute quindi inutili, ec., la parte ricusante sarebbe costretta ad indennizzar l' altra in virtù degli art. 1382 † 1336 e 1383 † 1337. È da osservarsi una decisione di Colmar del 2 marzo 1813 (SIREY, 1815 2. parte, pag. 2.); un' altra di Amiens del 30 maggio 1812 (*ib.*, pag. 19.); un' altra di Roano del 20 marzo 1813 (*ib.*, 1815, pag. 114); un' altra di Nimes del 4 gennaro 1814; ed infine una della cassazione del 17 agosto dell' anno stesso (*ib.*, 1815. 1. parte, pag. 18). Nondimeno un altro arresto della corte di Colmar del 13 maggio 1818 ha giudicato essere dovuti i danni ed interessi ad una donzella, per la sola ragione del danno che potrebbe recare alla sua riputazione l' inesecuzione di una promessa di matrimonio. (SIREY, 1818, 2. par. pag. 268). Ciò è molto dilicato: nella specie vi era stata pubblicità, due pubblicazioni erano state fatte, ec. ec.

La promessa di matrimonio per avere qualch' effetto, nel caso in cui essa può averne, debb' esser fatta in doppio, conforme all' articolo 1325 † 1279? Io non lo stimo. Il matrimonio è senza dubbio contratto sinallagmatico, ma non è lo stesso per la semplice promessa. Io posso promettere ad una persona di sposarla, senza esigere con ciò la medesima promessa dalla sua parte.

(54) Il dritto di produrre opposizione appartiene forse in questo caso esclusivamente allo sposo? Prima di tutto, se vi esistessero degli ascendenti, come la legge non ha determinata la natura de' motivi sopra de' quali essi possono fondare la loro opposizione, non vi ha dubbio ch' essi possano e debbano opporsi nella circostanza di cui si tratta; ma, esclusi questi, io non veggo come lo stesso dritto potesse ad altri appartenere. A mio avviso non vi sarebbe altro mezzo, che denunciare il fatto al pubblico ministero, il quale nell' interesse de' costumi e dell' ordine pubblico, potrebbe produrre l' opposizione. Vedete qui sopra la nota 31, pag. 16 e 17.

tano solo con alcune persone; e tre se ne contano: la parentela, l' affinità ed il misfatto (55).

La parentela è un legame prodotto dalla natura sola, o dalla sola legge, o dalla natura e dalla legge insieme; quindi si distinguono tre specie di parentela: la naturale, la civile e la mista.

La prima risulta dalla sola natura: essa ha luogo tra i figli naturali, i loro genitori, ed i parenti di questi (56).

---

(55) Oltre agl' indicati impedimenti, ve n' ha benanche un quarto risultante dal divorzio, ed in virtù del quale i conjugi divorziati dopo la promulgazione del Codice civile non possono più rimaritarsi. Ma impedimento tale, poichè il divorzio attualmente è abolito, non deve avere successivamente più luogo. E devesi altresì presumere che per interesse de' costumi il legislatore non tarderà gran tempo a sopprimerlo affatto.

Nota. Per mezzo d' una circolare degli 8 nevoso anno 11 il Gran Giudice prevenne i prefetti, ch' era intenzione del governo che non si fosse ricevuto alcun atto di matrimonio sia fra un bianco ed una negra, sia fra un negro ed una bianca (Rondonneau, *Supplimento ai codici*). Ma viene assicurato che da parecchie lettere di S. E. il Guarda-sigilli risulta che tale divieto sia stato tolto, perchè contrario alla legge del 16 ottobre 1791.

Risulta inoltre da un' altra lettera del ministro de' culti, diretta al prefetto della Loira inferiore, sotto la data del 30 gennaro 1807, che non devesi tollerare il matrimonio dei preti, i quali dopo il concordato fatto col precedente Governo, si erano messi in comunione col di loro vescovo, ed avevano continuate o riprese le funzioni del di loro ministero; che si abbandonassero alla propria coscienza coloro tra essi i quali avendo abdicato le proprie funzioni prima del concordato non l' abbiano poi riprese, ec. (Giurispr. del cod. civ. tom. 13. pag. 330). (*a*)

(56) Ciò punto non si oppone a quel che di sopra abbiamo detto che i figli naturali, anche riconosciuti, non hanno alcuna famiglia. Di fatti facilmente si comprende tal principio non potersi applicare che ai rapporti civili, e che in quanto ai naturali, come son questi risultanti dai legami di sangue, sono i medesimi fra i figli naturali ed i parenti del loro padre e madre che fra i figli legittimi e questi stessi parenti.

Del resto io convengo d' aver veduto con dispiacere in un' opera, destinata principalmente alla gioventù, assegnarsi per soli motivi da-

(*a*) *Sul matrimonio di coloro che son legati con voti solenni o con ordini sacri veggasi quel che diremo in fine della sez.* III *delle nostre osservazioni dove riportiamo la lettera del Ministro de' culti citata dal nostro autore, e nella sez.* IV *§. 13 dove esaminiamo questo impedimento come dirimente tanto nel dritto civile che nel canonico.*

La seconda nasce dalla sola legge, ed ha luogo tra l' adottante (57), l' adottato ed i discendenti di questi, come anche tra l' adottato ed i figli naturali (58) o adottivi dell' adottante.

La parentela mista finalmente emerge dalla natura e

---

gl' impedimenti di parentela, la necessità d' incrocicchiare le stirpi, di moltiplicare le affezioni sociali, e di legare l' uomo alla sua padria con più gran numero di vincoli. Il primo motivo, cioè quello che si trae dall' incrocicchiamento delle generazioni, abbassa evidentemente l' uomo alla qualità de' bruti; starebbe meglio quest' articolo in un Codice delle mandrie che in un Codice civile. Rispetto agli altri due, essi sono puramente politici; e chi ha mai potuto dire, che gl' impedimenti del matrimonio fra parenti fossero tutti senza distinzione fondati unicamente sopra considerazioni politiche le quali per loro natura possono variare con le circostanze, ed a piacere de' governi (*a*)? Quanto mi piace più quel che diceva lo stesso governo per bocca del suo oratore nel presentare al Corpo legislativo il Titolo *del matrimonio*.

,, Le cause di proibizione in linea retta sono sì salde e sì naturali ,, che hanno agito quasi in tutta la terra, indipendentemente da ogni ,, comunicazione .... Queste proibizioni non potrebbero essere suscettibili di dispensa. Non è in poter degli uomini il legittimare le ,, contravvenzioni alle leggi della natura .... L' orrore dell' incesto ,, del fratello colla sorella, deriva dal principio dell' onestà pubblica, ec. ,,

Queste certamente sono verità di sentimento, ben preferibili senza dubbio a tutt' i raziocinj che si potrebbero fare su tal materia.

(57) Solo, e non i suoi ascendenti; la legge non istabilisce alcun legame fra l' adottato e gli ascendenti dell' adottante. (art. 348 † 272) (*b*).

(58) Osservate, che questa parola in dritto ha un differente significato secondo quella cui va opposta. Se viene opposta al vocabolo *legittimo*, significa il figlio nato da un commercio proibito. Opposto al vocabolo *adottivo*, non solo significa il figlio nato da un commercio proibito, ma ancora, e principalmente, il figlio legittimo.

(*a*) *La legge del 20 settembre 1792 non aveva proibito il matrimonio che tra gli affini nella stessa linea, e tra il fratello e la sorella. Si trattò di sapere se la proibizione dovesse limitarsi a questi gradi. La sezione di legislazione era ella stessa divisa. Quelli che volevano che si estendesse dicevano*: che le antiche proibizioni dovevano esser conservate per moltiplicare le parentele e prevenire la corruzione de' costumi che deriverebbe facilmente dalle famigliari comunicazioni, se il matrimonio ne potesse l' onta cancellare; ed anche per impedire che le stirpi degenerassero per causa di matrimonj fra individui della stessa famiglia ,,. *Se a quest' opinione allude il nostro autore, essa non meritava poi tanto sdegno nè tanto disprezzo.*

(*b*) *Vedi quel che da noi si è osservato nella nota seguente al num.* 66.

dalla legge ad un tempo; essa ha luogo tra i figli legittimi, i loro genitori, e tutti i parenti di questi.

Due cose bisogna distinguere nella parentela, la linea ed il grado.

La linea è l'ordine o la serie dei parenti: essa è retta o collaterale (59).

La linea retta è la serie dei gradi tra le persone che discendono l'una dall'altra; i parenti che la compongono sono designati sotto il generico nome di ascendenti e discendenti (60). *736* *657*

La linea trasversale o collaterale è la serie de' gradi tra persone che non discendendo le une dalle altre han però uno stipite comune (61). *ivi*

Il grado è la distanza da un parente ad un altro. I gradi si contano per generazioni, di maniera che ogni persona generata forma un grado. *735* *656*

Questo calcolo è facile nella linea retta (62); non è così nella linea trasversale ove i parenti non discendono gli uni dagli altri: in questa linea i gradi tra i due parenti si computano dalle generazioni cominciando da uno di essi e salendo sino allo stipite comune, e poi discendendo da

---

(59) Quasi *a latere*. Poichè in fatti la linea collaterale è composta di due linee dirette, che sorgendo l'una accosto dell'altra, vanno a riunirsi in uno stipite comune. Non vi ha primo grado in linea collaterale. I collaterali i più vicini sono i fratelli che stanno al secondo grado; lo zio e 'l nipote, al terzo; i cugini germani, cioè i figli dei due zii, al quarto; al quinto grado, il zio secondo il costume di Brettagna, cioè il cugino germano del padre, e 'l figlio del cugino germano, chiamato cugino nato di germano; i due cugini nati di germani sono al sesto: al di là di questo grado, i congiunti collaterali vengono disegnati sotto il nome generico di cugini.

(60) Il bisavo, l'avo, il padre, sono ascendenti; il figlio, il nipote, il pronipote, sono discendenti. Da ciò risulta che nella stessa linea il medesimo individuo considerato sotto diversi rapporti, può essere ad un tempo ascendente e discendente. Siano tutti e tre vivi, l'avo, il padre e 'l figlio; è chiaro che il padre ascendente rispetto al figlio, è discendente rispetto all'avo.

(61) Lo zio e 'l nipote sono congiunti collaterali; il di loro stipite comune è il padre dello zio che è nel tempo stesso l'avo del nipote.

(62) Dal bisavo al pronipote vi sono tre gradi, poichè vi sono tre generazioni. Il bisavo ha generato l'avo, prima generazione, un grado; l'avo ha generato il padre, seconda generazione, due gradi; il padre ha generato il figlio, il quale è il pronipote del bisavo, terza generazione, tre gradi.

lui sino all' altro parente; e dietro questo computo quante persone si trovano generate nelle due linee tanti sono i gradi di parentela (63).

738
659

---

(63) Supponiamo che io voglia conoscere in qual grado di parentela sono con mia cugina nata di germano, cioè, con la nipote di mio zio. Io calcolo così: Lo stipite a noi comune è il mio avo; da me a mio padre, prima generazione, un grado; da mio padre a mio avo, seconda generazione, due gradi; da mio avo a suo figlio, ch' è mio zio, terza generazione, tre gradi; da mio zio a suo figlio, ch' è mio cugino germano, quarta generazione, quattro gradi; finalmente da mio cugino germano a sua figlia, ch' è mia cugina nata di germano, quinta generazione, cinque gradi; io sono dunque riguardo ad essa al quinto grado di parentela.

Il modo di calcolare i gradi in dritto canonico è lo stesso per ciò che riguarda la linea retta; ma nella collaterale vi sono differenze essenziali, di cui non è forse inutile dar conoscenza. In questo dritto adunque, o i congiunti di cui qui si tratta sono in egual distanza dallo stipite comune, o in distanza diseguale. Nel primo caso essi sono fra loro nel medesimo grado, in cui ciascuno è relativamente allo stipite comune. Così due cugini germani, ciascuno essendo ad una egual distan a dallo stipite comune, cioè a dire ciascuno a due gradi, sono fra di essi a due gradi di parentela. Se i due congiunti sono ad una distanza diseguale dallo stipite comune, allora la regola è che *remotior trahit ad se proximiorem*, cioè ch' essi sono fra di loro nello stesso grado che colui il quale è più lontano dallo stipite comune lo è dallo stesso comune stipite. In tal modo, nella ipotesi sopra indicata, ove si trattava di sapere in qual grado io fossi con mia cugina germana, bisognerebbe calcolare così in dritto canonico: Il nostro stipite comune è il mio avo; io sono a due gradi da questo mio avo, mia cugina n' è a tre gradi; la distanza è perciò disuguale; noi dunque siamo insieme al medesimo grado di parentela che mia cugina lo è dallo stipite comune, cioè a tre gradi. La Chiesa cattolica ha conservata questa maniera di numerare i gradi, relativamente ai matrimonj fra congiunti; e questi matrimonj sono canonicamente proibiti, come segue:

In linea retta, all' infinito.

In linea collaterale, anche all' infinito, *inter eos qui referunt speciem parentum et liberorum*, cioè fra zii e zie, loro nipoti de' due sessi, ed i discendenti di essi;

Fra gli altri parenti, la proibizione va fino al quarto grado inclusivamente, numerato alla maniera canonica.

Il divieto è lo stesso o che la parentela sia mista, o semplicemente naturale.

È lo stesso egualmente per ragione dell' affinità, quando risulta da unione legittima. Non oltrepassa il secondo grado in linea collaterale, quando l' affinità risulta da un' illegittima unione. (4. Concilio Lateranense, can. 50; e Concilio di Trento, sessione 24 *de reformatione matrimonii*, cap. 4.): il tutto salva la dispensa in alcuni casi (*a*).

(*a*) *Nacque da due supposizioni la diversità di questo computo di gradi tra il dritto civile e 'l canonico: l' uno nell' interpetrare la*

L' affinità è un vincolo che unisce l'uno degli sposi (64) ai parenti (65) dell' altro.

---

(64) Può derivar mai l' affinità da illecita unione, cioè avvi affinità e per conseguenza divieto di matrimonio, fra colui che visse in un commercio proibito con una donna ed i figli di costei, sian legittimi, siano nati da un criminoso commercio con altra persona? A me sembra di sì; e credo poter poggiare quest' opinione sull' art. 161 † 158, che vieta il matrimonio fra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi o naturali e gli affini nella stessa linea. Or siccome in niun luogo la legge ha definito l' affinità in un modo espresso, non può dirsi che l' abbia ristretta al caso in cui essa deriva da una unione legittima; ed al contrario avendo incominciato ad estendere la proibizione agli ascendenti e discendenti legittimi e naturali, ed avendo aggiunto in seguito, gli affini nella stessa linea, dee presumersi in conseguenza delle regole della logica e nell' interesse dei costumi, ch'essa abbia inteso gli affini situati nella stessa categoria degli ascendenti, de' quali aveva parlato, cioè gli affini legittimi o naturali. Ora, può dirsi che siavi quì affinità naturale. Per la stessa ragione ed interpetrando dello stesso modo l'art. 162 † 160, io penso che non si potrebbe sposare il nipote di colei con la quale si fosse vissuto in commercio vietato. (Vedete più appresso la nota 66).

Pare che la corte di Nimes abbia abbracciata una dottrina contraria alla nostra opinione. Con sua decisione del 3 dicembre 1811, riportata da Sirey, 1812, seconda parte, pag. 441, ha essa giudicato che non vi fosse impedimento affatto tra una donzella e colui che aveva vissuto in adulterio con la madre. Ma io nondimeno persisto nel sentimento emesso, e che certamente più conforme alla morale e più adattato a prevenire l' incesto, può facilmente conciliarsi col testo della legge (*a*).

(65) Ma non agli affini. Non vi ha alcun legame fra uno degli sposi e gli affini dell' altro.

legge XVIII. *del Levitico come un divieto indefinito di sposare qualunque parente, l' altro nel supporre che il giureconsulto* Paolo *in* lib. sententiar. *tit.* v. *stabilisse la parentela sino al settimo grado, quando egli non altro disse se non che il dritto latino non aveva nomi particolari come additare tali congiunti, e fosse risaputo che nel civile la parentela si estendeva sino al decimo e più ove si tratta di successione. I Fiorentini suscitata avevano tal quistione domandandone il parere ai dotti di Ravenna nel* 1065; *e Pietro Damiano lo riferì al Pontefice Alessandro* II. *il quale ad emendar l' eresia che chiamò degl'* incestuosi *ne fece far l' esame nel Concilio che in in quell' anno si tenne in Roma. Vagliatesi in tal rincontro le leggi ed i canoni restò appurato che il diverso modo di contare i gradi della parentela derivava da' loro differenti obietti, il civile per le successioni, e 'l canonico pei matrimonj. Così passando la successione da una in altra persona, quello nota un grado in ciascuna di esse; ma poichè due persone bisognavano per contrarre il matrimonio, perciò i canoni due persone posero in un grado. L' uno e l' altro computo ricade allo stesso perchè due gradi del dritto comune ne formano uno del canonico il quale non oltrepassa il settimo. (V.*

L'affinità propriamente parlando non ha nè linea nè gradi; giacchè non vi è tra affini nè generazione nè stipite comune; ma essa li prende in prestito dalla parentela, cioè a dire, che una persona è affine del marito nella stessa linea e nello stesso grado ch' essa è parente della moglie, e viceversa.

Ciò posto agevole sarà il comprendere le seguenti disposizioni:

Per ragione di parentela, qualunque ella sia, il matrimonio è costantemente vietato in linea retta all' infinito (66); 348 272

Ma in linea trasversale la proibizione varia secondo la natura della parentela.

---

(66) Bisogna intanto eccettuare il caso della civile parentela, nel quale sembra, come abbiam detto, che il matrimonio non sia vietato in linea retta ascendente al di là del primo grado. Così il padre potrebbe sposare la figlia adottiva di suo figlio (*b*). *Quid* se la parentela naturale non sia stata legalmente riconosciuta; potrebbesi esser ammesso a pruovarla per impedire il matrimonio, o farlo annullare, se fosse stato contratto? Farebbe d' uopo decidere negativamente, secondo il sistema di coloro che pretendono non potersi in alcun caso indagare

Fleury Ist. Ecc. *lib.* 61 §. 14.) *Cotesta disciplina fece sì che i matrimonj furon vietati sino al* xiv. *grado di computazione civile che corrisponde al* vii. *del dritto canonico. Ma nel* iv. *concilio lateranense il divieto tra collaterali fu ridotto al quarto grado canonico di consanguineità, ossia all' ottavo della computazione civile, ed il concilio di Trento confermò la dottrina vigente, come vedremo nella sez.* iv. *delle osservazioni a questo titolo.*

(*a*) *Questo stesso è il nostro sentimento poggiato sul dritto canonico, come diremo nella sez.* v. *delle cit. osservazioni.*

(*b*) *Ecco quello che ci fan avvertire giudiziosamente sull'opinione del nostro autore i comentatori della prima parte del nostro Codice, tom.* i. *pag.* 298. " *Secondo le leggi romane il matrimonio era anche proibito tra l' adottato e la madre dell' adottante. L' art.* 159 ,, *non facendone motto, non perciò s' intende averlo voluto permettere, nel che la nostra opinione non s' incontra con quella di* ,, Delvincourt. *Se è vietato fra l' adottante e i discendenti dell' adottato; non vi ha ragione sufficiente per cui fra l'adottato e l'ascendente dell'adottante, che gli è ava nell'ordine della civile cognazione, si* ,, *debba permettere. La legge prevede i casi ordinarj; appartiene al* ,, *giudice di adattarla comprensivamente agli altri, ove siavi identità* ,, *di ragione e la stessa moralità. Se questo caso è fra quelli che non* ,, *sogliónsi prevedere, perchè è appena fra i possibili che la madre* ,, *dell' adottante potesse ancora trovarsi in istato di passare a no-* ,, *velle nozze; nello spirito della legge nuova, come nella lettera*

ivi Nel caso della parentela naturale o civile, la proi-
162 bizione non ha luogo che fino al secondo grado (67) in-
160 clusivamente.

Riguardo alla parentela mista il matrimonio può aver
163 luogo al quarto grado: però se una persona è lontana di
160 un grado solo dallo stipite comune, la proibizione ha
luogo all'infinito tra essa e tutti gli altri discendenti dello stesso comune stipite (68), salvo il dritto riserbato
164 al re di accordare per gravi motivi la dispensa pel terzo
161 grado ed i susseguenti (69) (Art. 164 e *decisione del 7 maggio 1808*, boll. n.° 3308). Le formalità per ottenere queste dispense sono le stesse che per quelle dell'età, salvo che il dritto di dare il suo parere sulla petizione è nell'attribuzioni, in questo caso, del procuratore del re presso il tribunale nel di cui circondario i petizionarj si propongono di celebrare il matrimonio (*Arresto de' 20 pratile anno 11*, boll. n.° 2792).

Circa l'affinità, se essa proviene da una parentela

---

la paternità. Ma è da osservarsi qui appresso nella nota 6 del Tit. VII, le fortissime ragioni che possono essere allegate contro a questa opinione tendente a consacrare l'incesto; per la ragione stessa io penso che il figlio non può sposare la concubina di suo padre e viceversa.

(67) In tal modo io non posso sposare la figlia naturale (la bastarda), nè la figlia adottiva di mio padre, anche adottivo: ma io posso sposare la figlia dell'una o dell'altra. In conseguenza, potrebbero adottare ambi gli sposi? La ragion del dubbio nasce dal che a' termini dell' art. 348 † 272 il matrimonio è vietato fra i figli adottivi dell'individuo stesso. Ma si dee riflettere che questo divieto è fondato, come lo ha detto l'Oratore del governo, sulla considerazione che *attesi i fisici rapporti che fa nascere la coabitazione tra i figli adottivi del medesimo individuo, non conveniva somministrar alimento alle loro passioni con la speranza del matrimonio*. Ma questa ragione non regge qualora le due persone sono già maritate.

(68) In questo modo io non posso sposare una discendente di mio fratello o di mia sorella legittima, a qualunque grado si fosse, *quia referimus speciem parentum et liberorum*.

(69) Così lo zio e la nipote, la zia e 'l nipote possono maritarsi insieme con dispensa.

,, *dell' antica, è invariabile il principio che le nozze nella linea retta,*
,, *o che trattisi di parentela naturale o civile, son sempre in qual-*
,, *sivoglia grado indistintamente vietate* ,,. *E tanto più noi v'insistiamo in quanto che vien anche così stabilito nel dritto canonico, come nelle oss. seg. v. diremo.*

naturale o mista con uno degli sposi, il matrimonio è 161
162 proibito in linea retta all'infinito (70), ed in linea tra- 158
160 sversale sino al secondo grado (71): esso non è proibito che nella sola linea retta, e soltanto al primo grado, 348
se l'affinità proviene da parentela civile (72). 372

Finalmente il matrimonio è proibito a motivo di de- 298
litto tra il conjuge contro il quale si è ottenuto il di- T
vorzio (73) per causa di adulterio, ed il suo complice.

Sezione V.

Delle formalità del matrimonio.

Vi sono due specie di formalità richieste per lo matrimonio; alcune lo precedono, altre lo accompagnano.

Delle formalità che precedono il matrimonio.

Queste formalità sono: 1.° le pubblicazioni;
2.° La consegna de' documenti richiesti dalla legge.

Delle pubblicazioni di matrimonio.

Le pubblicazioni sono l'avviso pubblico del matrimonio che dee contraersi.

Debbono esser fatte le domeniche, dall'ufiziale dello 63
stato civile, alla municipalità del domicilio di ciascuno 68

(70) In tal modo io non posso sposare la discendente, o l'ascendente di mia moglie, a qualunque grado si sia.

(71) Così io non posso sposare la sorella naturale, o legittima di mia moglie; ma bensì la figlia di questa sorella.

(72) Quindi io non posso sposare la figlia adottiva di mia moglie, nè la vedova di un mio figlio adottivo: ma bensì la figlia dell'uno o dell'altro.

(73) Quantunque per la legge dell'8 maggio 1816, sia stato abolito il divorzio (bull. n.° 645) pure io ho creduto dover qui farne rimaner la menzione, poichè la proibizione di cui si tratta, dovrà essere certamente in qualche circostanza applicata, finchè vi esisteranno de' conjugi divorziati, ciò che avrà luogo ancora per molto altro tempo.

Quid se vi sia stata solamente separazione personale? Io credo che debba essere lo stesso, soprattutto oggi giorno che si è abolito il divorzio.

dei contraenti, ed innanzi la porta della casa del comune.

Bisogna osservare, che per quanto riguarda il matrimonio, il domicilio si ha per istabilito sol con sei mesi di abitazione continua (74) nello stesso comune.

74
76

Nondimeno se il domicilio non è stabilito che con la residenza di sei mesi, le pubblicazioni avranno luogo anche alla municipalità dell' ultimo domicilio (75).

167
177

Se poi le parti contraenti, od una di esse sono, relativamente al matrimonio, sotto la potestà altrui, le pubblicazioni debbono esser fatte non solo alle loro rispettive municipalità, ma benanche alla municipalità del domicilio di coloro sotto la cui potestà esse trovansi (76).

168
T

---

(74) In questo modo non deesi più qui discutere sull' intenzione, come nelle ordinarie quistioni di domicilio. È il solo fatto dell' abitazione che si tratta di avverare. Ed in effetti è nel luogo della residenza, cioè nel luogo ove le parti sono maggiormente conosciute, che debbono farsi le pubblicazioni. Coloro che fossero interessati ad opporsi al matrimonio possono molto bene ignorare il domicilio de' futuri sposi; ma non si può presumere che ignorino il luogo della loro residenza.

(75) Fin a qual epoca si dovranno far le pubblicazioni all' ultimo domicilio? I *motivi* dicono che non si è inteso mai di cambiar cos' alcuna all' antica giurisprudenza. Ora anticamente, quando si cambiava di diocesi bisognava aver dimorato un anno nella nuova per essere dispensato di far le pubblicazioni nell' antica. Io credo che debba valer lo stesso attualmente pel cambiamento del comune. Per la ragione medesima, io penso che se lo sposo futuro non ha un anno di residenza nel comune in cui attualmente dimora, le pubblicazioni debbono esser fatte non solamente in detto comune, ma ancora in tutti quelli ne' quali ha dimorato da un anno. Ciò voleva l' antica giurisprudenza nel caso d' un cambiamento di residenza. Alcuni avean pensato che l' art. 74 † 76 non dovrebbe applicarsi che nel caso in cui lo sposo futuro non avesse altro domicilio che quello il quale risulta da una residenza di sei mesi. Ma bisognerebbe concludere da ciò che la disposizione di quest' articolo non dovrebbe aver luogo, nel caso in cui lo sposo avesse un domicilio propriamente detto, nel senso legale attaccato a questa voce. Or come si può acquistare questo domicilio in sì poco tempo, adempiendo alla condizione richiesta dall' art. 103 e 104 † 108 e 109, ne risulterebbe che al finir di otto giorni, per esempio, di cambiamento di abitazione, basterebbe pubblicar il matrimonio nel domicilio attuale, il che mi sembra totalmente contrario all' intenzione del legislatore, ed al fine che si propone; ed è ciò che mi conferma nell' interpetrazione che ho data all' art. 167 † 177.

(76) Se il minore non ha ascendente alcuno, allora relativamente al matrimonio trovasi sotto la potestà del consiglio di famiglia. (art. 160 † 174) Questo consiglio è composto di diverse persone che possono avere differenti domicilj: dove si faranno in questo caso le pubblicazioni? Io opino che questo consiglio non esistendo che dall' istante

169 Debbono farsi due pubblicazioni di matrimonio, coll'intervallo di otto giorni, salvo il caso di dispensa. 63
178 68

Questa dispensa che non può aver luogo se non per cause gravi, e soltanto per la seconda pubblicazione, è accordata a nome del re dal procuratore regio presso il tribunale del circondario nel quale si propongono le parti di celebrare il matrimonio. Questo magistrato ha l'obbligo di render conto al ministro della giustizia delle cagioni che hanno dato luogo alla dispensa.

Essa è depositata nella cancelleria del comune ove il matrimonio debb'essere celebrato; il cancelliere ne rilascia una copia nella quale si fa menzione del deposito, e che rimane annessa all'atto della celebrazione. (Arresto citato del 20 pratile anno 11; *boll.* n.° 2792).

Le pubblicazioni debbono enunciare (77):

---

in cui vien convocato, dee considerarsi come suo domicilio il luogo della sua riunione, e per conseguenza le pubblicazioni dovranno esser fatte alla municipalità di detto luogo.

Ma cosa mai vuolsi intendere per questa frase *trovarsi sotto la potestà di qualcheduno, relativamente al matrimonio?* Un figlio maggiore di 25 anni, ed una figlia di 21, che hanno degli ascendenti, sono forse sotto la di loro potestà relativamente al matrimonio? Può ben dirsi per l'affermativa ch'essi sono talmente sotto la di loro potestà che non possono maritarsi senza il loro consenso, o senza aver fatto degli atti che vi suppliscono. Intanto io non credo che il legislatore abbia avuta l'intenzione di comprendergli nella disposizione dell'art. 168 † T. In fatti secondo una delle regole d'interpetrazione, che noi abbiamo stabilito nell'avvertimento, le espressioni di una legge le quali possono cagionar qualche dubbio, debbono sempre esser prese nel senso che naturalmente ed a prima vista presentano. Or nel linguaggio ordinario cosa s'intende mai per essere sotto la potestà di un altro relativamente ad un atto? Vuol dire trovarsi in una situazione tale che non possa effettuarsi quest'atto senza il consenso di un'altra persona. Ora, ciò non si applica che agl'individui i quali non hanno ancora la maggior età richiesta pel matrimonio, giacchè gli altri possono a rigore dispensarsi del consenso de' loro ascendenti.

(Si vegga per le pubblicazioni del matrimonio de'militari nel territorio francese, l'istruzione del ministro della guerra del 24 brumale anno 12, riferita da noi nella pag. 186 del Tom. 1 tit. 1 sez. seconda della detta Istruzione, e pei militari fuori del territorio, tit. 2. sez. 2).

(77) Notate che un parere del Consiglio di stato approvato il 30 marzo 1808 (Bull. n.° 3254) decise che l'ufficiale dello stato civile non poteva esigere alcun documento per le pubblicazioni, le quali debbono esclusivamente esser fatte in conformità delle indicazioni rimesse dalle parti. Nulladimeno è utilissimo che abbia luogo la consegnazione de' documenti per le pubblicazioni, poichè se dietro quelli posterior-

1.° I nomi, cognomi, professioni e domicilii de'futuri sposi;

2.° La loro qualità di maggiori o minori;

3.° I nomi, cognomi, professioni e domicilii de'loro padri e madri.

Steso l'atto, viene inscritto sul registro particolare delle pubblicazioni di cui si è parlato al Titolo *degli atti dello stato civile*; esso enuncia inoltre i giorni luoghi ed ore in cui le pubblicazioni sono state eseguite; un estratto n'è affisso alla porta della casa comunale e vi rimane durante gli otto giorni che s'interpongono dall'una all'altra pubblicazione. (63, 68)

Il matrimonio non può esser celebrato che al più presto due giorni interi dopo la seconda pubblicazione, ed al più tardi entro l'anno da quel termine spirato (78), dopo il quale tempo le pubblicazioni si hanno come non avvenute, e debbono rinnovarsi. (64, 68, 65, 68)

Per quanto sia importante la formalità delle pubblicazioni, nulladimeno la loro mancanza non renderebbe nullo il matrimonio (79). Ma se le pubblicazioni richieste non hanno avuto luogo, ovvero non si sono serbati gl'intervalli prescritti sia tra l'una e l'altra pubblicazione, sia tra quest'ultima e la celebrazione, l'ufiziale dello stato civile è punibile di un'ammenda che può estendersi fino a trecento franchi; e le parti contraenti, o coloro coll'autorità de' quali hanno esse operato, pos-

---

mente rimessi si trovassero delle diversità fra i nomi o cognomi descritti ne'documenti, e quelli che fossero stati annunciati nelle pubblicazioni, l'ufficiale dello stato civile potrebbe negarsi alla celebrazione.

(78) Io credo che bisognerebbe intendere così queste parole *dalla scadenza del termine delle pubblicazioni*, che si trovano nell'art. 65 † 68. La seconda pubblicazione d'un matrimonio è stata fatta la domenica 6 decembre 1807; non poteva dunque celebrarsi al più presto che mercoledì 9. Se non viene poi celebrato al più tardi il 9 decembre 1808, farà d'uopo procedere a nuove pubblicazioni.

(79) Eccetto forse il caso preveduto dall'art. 170. In esso dicesi: *il matrimonio sarà valido, purchè si siano fatte precedere le pubblicazioni, ec.* Se le pubblicazioni adunque non siano state fatte, il matrimonio non è valido. (Da osservarsi le seguenti note 92, 93, 94 (*a*).

(*a*) *Vedi l'opposto sentimento del sig.* TOULLIER, *nella seguente nota* 92.

sono del peri punirsi con ammenda proporzionata alle lor facoltà.

Tocca in questo caso al pubblico ministero il provocar le condanne. 192

Dei documenti che debbono essere consegnati all'uffiziale dello stato civile prima della celebrazione del matrimonio.

Questi documenti sono:

1. L'atto di nascita de' futuri sposi, al quale può 70 supplirsi, come il vedremo qui appresso; 72

2. L'atto del consenso di tutti coloro che debbon darlo (80). Quest' atto debb' essere autentico e contenere i nomi, cognomi, professioni e domicilii dello sposo cui 73 tal consenso è necessario, non che di tutti coloro che 75 sono concorsi all' atto, ed il loro grado di parentela; 76

3. I processi verbali degli atti rispettosi quando ve 79 ne sono stati; ivi

4. I certificati comprovanti le pubblicazioni fatte ne' diversi domicilii;

Il rivocamento delle opposizioni, se alcuna ne sia stata prodotta, o i certificati rilasciati dagli uffiziali dello 69 stato civile dei comuni ove sono state fatte le pubblica- 71

(80) Nel caso in cui è necessario di esibirne l' atto; come per esempio se si trattasse del consenso del Consiglio di famiglia, o di un ascendente non presente, poichè se l'ascendente di cui il consenso è richiesto sia presente, è inutile di produrre un atto particolare del suo consenso; basterà solo enunciarlo.

Non a torto fu giudicato adunque in cassazione il 6 agosto 1807, che l' azione di colui che si è falsamente chiamato padre di uno dei contraenti ad effetto di acconsentire al matrimonio, era un falso caratterizzato (Sirey, 1809, 1. par. pag. 86).

L' atto di consenso deve forse necessariamente contenere l' indicazione della persona che il figlio deve sposare, o basterebbe che l'ascendente approvasse prima il matrimonio che sia per contrarre colla persona ch' egli credesse convenevole? Io non istimo che sia bastante un consenso di tal fatta. Ciò in effetti equivarrebbe ad una rinunzia al necessario consenso; il che sarebbe nullo, come contrario ai costumi. L' autorità paterna è fondata più sull' interesse de' figli e de' costumi, che sull' interesse de' parenti. (Vedete ciò che si è detto nel Tomo I al Titolo preliminare intorno alle leggi facoltative, pag. 125 e 126).

zioni, che attestino non essersi prodotta opposizione (81);

6. La pruova legale dello scioglimento del precedente matrimonio, se gli sposi, o l' uno di essi, sono stati già maritati;

7. Finalmente la copia autentica delle dispense che han potuto essere accordate.

In caso d' impossibilità di procurarsi l' atto di nascita dell' un degli sposi (82), vi si può supplire con un atto di notorietà rilasciato dal giudice di pace del luogo della nascita o del domicilio di quello sposo che ne abbisogna.

70
72

Quest' atto contiene;

1. La dichiarazione fatta da sette testimoni dell'uno o dell' altro sesso, congiunti o non congiunti che sieno, del nome, cognome, professione, domicilio, patria del richiedente, dell'epoca della sua nascita per quanto si può approssimativa (83), non che dei nomi, cognomi, professioni e domicilii del padre e della madre (84), se son conosciuti;

---

(81) Tal disposizione prova, come il dicemmo di sopra, bastar che l' opposizione sia notificata all' ufficiale dello stato civile di uno de' comuni ove è stato o debb' essere pubblicato il matrimonio. (Riscontrate più sopra la nota 40 pag. 21.

(82) Ed anche di entrambi, se la circostanza il richiedesse, ma bisognerebbe allora un atto di notorietà particolare per ciascuno.

Per operare le rettifiche negli atti che debbono esser rimessi all' ufficiale dello stato civile, vedete il parere del Consiglio di stato riferito nel tomo 1 alla nota 29 p. 164.

(83) L' articolo dice: *per quanto sarà possibile, l' epoca della nascita.* Io non ho creduto bisognasse intendere da ciò che non si potesse fare alcuna menzione della nascita, poichè l' oggetto principale dell' atto essendo di far costare l' età dello sposo, dee contenere una indicazione approssimativa almeno dell' epoca della sua nascita, o, ciò ch' è lo stesso, della sua età attuale.

(84) Riflettete bene che un tale atto, come nella precedente nota abbiamo detto, altro oggetto non ha che di far costare per quanto è possibile l' età dell' individuo, e non già di pruovare la sua figliazione; di modo che non potrebbe farsi uso alcuno di questo documento in una quistione di stato, neppure come un principio di pruova per iscritto, poichè di fatti non è che una dichiarazione di testimonj. Potrebbe tutto al più servire ad appoggiare un' inammessibilità contro le persone che l' avessero sottoscritto, se queste venissero ad impugnare lo stato o le qualità ivi attribuite allo sposo.

Nota. Si è voluto sostenere che in materie riguardanti lo stato delle persone non poteva aver luogo veruna inammissibilità. Ma questa

2. Le cause che impediscono il presentar l'atto di nascita;

3. La firma del giudice di pace e de' testimoni; se alcuno di essi non può o non sa scrivere, ne vien fatta menzione. 71 73

Quest' atto è presentato al tribunale del luogo ove debb' essere celebrato il matrimonio, il quale, inteso il procuratore del re, accorda o ricusa la sua omologazione (85). 72 74

§. II.

Delle formalità che accompagnano il matrimonio.

Le formalità che accompagnano il matrimonio sono determinate come segue:

76 1.° Debbe celebrarsi nel comune ov'è il domicilio (86) 74

---

opinione venne proscritta dalla Corte di cassazione con arresto del 12 aprile 1820 (Sirey, 1821, 1. par. pag. 8).

(85) Secondo ch' esso giudica sufficienti o insufficienti le dichiarazioni de' testimonj e le ragioni che impediscono di produrre l' atto di nascita.

(86) Or siccome il domicilio rispetto al matrimonio si stabilisce per mezzo di sei mesi di una continuata dimora nel comune stesso, ne segue che per essere celebrato il matrimonio fa d' uopo che una delle parti almeno da sei mesi risegga nello stesso comune. Questo principio è stato formalmente stabilito in un parere del Consiglio di stato approvato il 4 complementario anno 13, sul matrimonio de' militari. (Bull. n.° 1071).

Osservate che pare essersi convenuto nella discussione sull' art. 165 † 175, che colui il quale avesse una residenza di sei mesi, ed un domicilio distinto dalla sua residenza, potrebbe celebrare il matrimonio nel luogo del domicilio. Ciò mi sembra impossibile a conciliare coll' indicato articolo la di cui disposizione è precisa. D' altronde non avrebbe potuto insorgere quistione alcuna relativamente ai militari, avendo questi sempre un domicilio, quello cioè che avevano al momento in cui entrarono nella milizia (*a*).

(*a*) *La dimora di sei mesi rendeva competente il parroco alla celebrazione del matrimonio giusta il canonico dritto che venne trasfuso in Francia nell' editto di marzo 1697, ove si proibì a tutti i curati di unire in matrimonio altre persone all' infuori di quelle abitanti nelle rispettive parocchie, o che vi risedessero attualmente e pubblicamente almeno da sei mesi, qualora dimoravano prima in*

165 di uno degli sposi, ed innanzi all'uffiziale civile di quel
175 domicilio (87).

75 2.° Debbe celebrarsi pubbblicamente, nella casa co-
77 munale (88), in presenza di quattro testimoni, parenti

(87) Bisogna applicare alla mancanza della presenza dell' ufficiale civile ciò che anticamente si diceva di quella del proprio parroco. Vi era e vi è ancora la stessa nullità, che può essere invocata dagli sposi) art. 191 † T.

(88) Relativamente alla mancanza di pubblicità, è indubitato che debba produrre la nullità del matrimonio. Ciò venne formalmente deciso nell' art. 191 † T. Non si è poi così generalmente di accordo sull' effetto della mancanza di celebrazione nella casa comunale. Mi si opporrà senza dubbio la famosa decisione di Themines. (Questa decisione fu resa dalla corte di appello di Agen il 10 decembre 1806. *Giurisprudenza del Cod. civ.* tom. 8. pag. 5). Si ricorse in cassazione, e 'l ricorso fu rigettato con arresto de' 22 luglio 1807. (*ibid.* tom. 9 pag. 68). Ma precisamente ciò che avvenne in questo affare mi determinerebbe a pensare, che se la mancanza di celebrazione nella casa comunale non porta sempre seco necessariamente la nullità del matrimonio, in caso di litigio dee sempre produrre almeno una forte presunzione che il matrimonio non siasi regolarmente contratto. È assai da presumere che se il matrimonio di madamigella Phelippeaux avesse avuto luogo, siccome doveva accadere, di giorno e nella casa comunale, o non sarebbesi mai celebrato, o se lo fosse stato, ella non avrebbe così altamente reclamato, e con tanto vantaggio, contro la violenza che pretendeva aver sofferta.

Riflettiamo d' altronde che non vi ha pena alcuna pronunciata contro gli sposi, nè contro l' ufficiale dello stato civile per la mancanza di celebrazione nella casa comunale. Dunque se non può giammai indurre la nullità del matrimonio, ne seguirà che tal disposizione della legge, ch' è della più grande importanza, può essere impunemente violata. Varrebbe lo stesso se si dicesse, che il Codice di procedura non avendo formalmente pronunciata la nullità delle decisioni rese fuori dell' udienza, un tribunale può riunirsi in una casa particolare per emettere una sentenza.

In fine non bisogna perdere di vista che per consenso di tutti la pubblicità è la formalità la più importante per la celebrazione del matrimonio. *La più grave di tutte le nullità*, disse l'oratore del governo, *è quella che deriva dal non essersi il matrimonio pubblicamente contratto.* Or chi garentirà questa pubblicità in una casa particolare? Si è giunto fino a dire nei motivi della decisione di Themines (e fu anche parere del PROUDHON) che la pubblicità consisteva nella presenza dell' ufficiale civile e de' testimonj: come se gli art. 75 † 77 e 165 † 175 non esigessero la presenza dell' ufficiale civile e de' testimonj, ed

altra parocchia della stessa città e diocesi, o da un anno se dimoravano in altra diocesi.

Noi non abbiamo potuto indagar il motivo perchè tra noi si è ristretta la residenza a tre mesi, e si sia poi soppresso l' art. 168.

o non parenti, purchè abbiano le qualità richieste per 165
coloro che fan da testimoni negli atti dello stato civile. 175

---

inoltre la pubblicità non che la celebrazione nella casa comunale; e come se questa interpetrazione non ripugnasse al significato della parola *pubblicamente* che vale *in presenza del pubblico*, di chiunque voglia assistervi e vedere. D'altronde l'oggetto principale della pubblicità è di prevenire gl' inconvenienti risultanti da un matrimonio clandestino, e soprattutto di garentire la piena libertà degli sposi. Or che ne sarebbe di questa garentia se si facesse consistere la pubblicità nella sola presenza dell' ufficiale e de' testimonj, specialmente se uno degli sposi pretenda che la violenza siasi esercitata precisamente dall' ufficiale e dai testimonj?

Finalmente si oppone l'art. 193 † T il quale suppone che possa avvenire che la mancanza di pubblicità non sia sufficiente per far pronunciare la nullità del matrimonio: ma prima di tutto chi troppo pruova niente pruova. Or perchè l'artic. 193 si applica egualmente alla mancanza della presenza dell' ufficiale civile competente, dee dunque conchiudersene che un matrimonio contratto fuori la presenza del medesimo sarebbe valido? *Non vi è matrimonio*, dice l' oratore del governo, *ma illecito commercio fra due persone che non abbiano formato il di loro impegno in presenza dell' ufficiale civile competente.* Che ha dunque voluto il legislatore nell' art. 193? Due cose:

In primo luogo egli ha voluto far conoscere che quand' anche il matrimonio non fosse impugnato, il ministero pubblico poteva sempre far pronunciare contro l' ufficiale dello stato civile le pene inflitte dall' art. 192 † T; se, per modo di esempio, al momento della verifica ch' egli è obbligato di fare a' termini dell' art. 53 † 55, si accorga che l' art. 165 † 175 sia stato violato.

In secondo luogo siccome non v' ha materia, giusta che osservammo, in cui le eccezioni d' inammessibilità siano più facilmente accolte che nelle questioni di validità di matrimonio, si è preveduto il caso in cui il matrimonio celebrato contro le disposizioni dell' art. 165 non sarebbe annullato, non in virtù di una decisione sul merito, ma perchè la parte che l' impugnasse sarebbe non ricevibile; come, s' ella non vi avesse interesse alcuno: e nulladimeno come la legge non è stata meno violata, si è voluto che l' ufficiale civile dovesse sempre soggiacere alle pene prescritte dall' art. 192.

Riassumendo dunque io dico, che debba esservi questa differenza fra il matrimonio contratto dentro o fuori la casa comunale: che nel primo caso la presunzione è in favore della pubblicità e della libertà delle parti, e che si appartiene a coloro i quali sostengono il contrario parere a provarlo in un modo evidente. Nel secondo caso il matrimonio fino alla pruova contraria dee presumersi clandestino, o forzato, e come tale affetto dalla nullità riferita nell' art. 180 † T o 191 † T (*a*). È da osservarsi una decisione del 21 giugno 1814, ripor-

(*a*) *Nelle osservazioni faremo parola dell' opinione del signor* Toullier *circa il difetto della pubblicità ne' matrimonj. Ora i di lui annotatori non contenti di aver detto che la trovano così ben*

3.° L' uffiziale dello stato civile legge alle parti i do-

---

tata in Sirey, 1814, prima parte, p. 291 e della quale son ben lontano dall' adottare i motivi, poichè ne risulterebbe che un matrimonio contratto in una casa particolare e senza testimonj potrebbe esser dichiarato valido.

ragionata e fornita di argomenti così robusti, tratti dallo spirito della nuova legislazione e dal contesto degli altri articoli, che sarebbe del tutto inutile di fiancheggiarla di altre ragioni, aggiungono i seguenti argomenti contro l' opinione emessa dal nostro autore, e da altri scrittori, malgrado la giurisprudenza costante della corte di cassazione di Parigi. (L. cit. pag. 537 e seguenti).

,, *Con somma sagacità quella corte regolatrice sulle conclusioni* ,, *del sig.* Merlin *rilevò, che nè il difetto della celebrazione del* ,, *matrimonio nella casa comunale, nè la mancanza della presenza* ,, *di uno de' quattro testimonj che segnarono l' atto, sono prescritte* ,, *a pena di nullità; che la legge non richiede imperiosamente se* ,, *non la pubblicità, e che la casa comunale non deve considerarsi,* ,, *che come un elemento di tal pubblicità, in guisa che laddove* ,, *dal ravvicinamento de' fatti e delle circostanze, tal pubblicità* ,, *fosse sufficientemente accertata, il voto della legge è su tal pro-* ,, *posito convenientemente adempito, e quindi ove il giudice col* ,, *suo criterio, cui la legge par che si abbandoni, si astenga di* ,, *annullare il matrimonio pel solo motivo di non essersi celebrato* ,, *nella casa comunale, o per la mancanza dell' intervento di uno* ,, *de' quattro testimonj, che abbiano segnato l' atto, non viola alcuna leg-* ,, *ge, quando si persuada, che costi altronde di quella pubblicità,* ,, *che la legge imperiosamente richiede per la validità del matri-* ,, *monio.*

,, *In somma la corte regolatrice penetrando con accorgimento* ,, *nel vero spirito della legge, lungi dall' adottare quel rigorismo* ,, *che ne distrugge il vero scopo, ha opinato, che l' articolo del* ,, *Codice richiede come essenziale al matrimonio, la pubblicità. Quan-* ,, *do questa costi al giudice dal complesso delle circostanze, ed* ,, *esso se ne persuada dal ravvicinamento de' fatti, tuttochè manchi* ,, *alcuno degli elementi prescritti, tal difetto non opera la nullità.*

,, *Imperciocchè la legge non attacca pena di nullità alla man-* ,, *canza di ciascuna formalità isolatamente presa, ma bensì al di-* ,, *fetto della pubblicità, che risulta dal concorso de' fatti che il* ,, *giudice deve col suo prudente arbitrio apprezzare e valutare in* ,, singulis facti speciebus.

,, *Che tale fusse stato il genuino sentimento de' sommi uomini* ,, *che formarono il codice francese, eccone una pruova che val per* ,, *mille.*

,, *Nel primo progetto che propose la commissione in Francia* ,, *vi erano due articoli del tenor seguente.* Il matrimonio è nullo ,, se non sia celebrato pubblicamente e nelle forme qui appresso pre- ,, scritte. — Il matrimonio non può essere celebrato che nel comune ,, ove uno de' due sposi ha il suo domicilio. *La corte di cassazione*

cumenti rimessigli, ed il capitolo 6 del Tit. *del matrimo-*

,, *cui toccò al parì di tutte le altre corti e tribunali inviare le sue*
,, *osservazioni sul progetto, riflettè essere ben pericoloso fulminare*
,, *una nullità così cruda e perentoria; potendo esservi de' casi, in*
,, *cui il matrimonio ad onta di qualche difetto di formalità non*
,, *fosse* radicalmente nullo; *e quindi propose una redazione più mite*
,, *che lascia l' affare alla latitudine de' poteri del magistrato. Il*
,, *Consiglio di stato accolse e gustò bene tale osservazione che trovò*
,, *sensatissima; perlocchè il tenore dell' articolo proposto dalla*
,, *commissione fu cangiato nel modo che sta scritto oggi nell' art.*
,, 165 † 175. *Pare adunque evidente che al legislatore non piacque*
,, *pronunziare in termini generali e precisi una nullità la cui di-*
,, *chiarazione stimò meglio abbandonare al criterio dei giudici.*

,, *Un altro argomento rilevò sulle idee della suprema corte di*
,, *cassazione la corte reale di Grenoble, il quale tanto più è vitto-*
,, *rioso e robusto, quanto che risulta dallo stesso codice. Nell'art.*
,, 193 † *T del codice francese è prescritto, che l'uffiziale dello*
,, *stato civile ed anche le parti contraenti sono punibili per qualun-*
,, *que contravvenzione alle regole prescritte dall' art.* 165, *ancorchè*
,, *tali contravvenzioni non saranno giudicate sufficienti per fare*
,, *pronunziare la nullità del matrimonio. Combinando insieme il*
,, *tenore di tale articolo* 193, *cogli articoli* 192 † *T e* 165, *si*
,, *ravvisa chiaramente la intenzione del legislatore di non aver vo-*
,, *luto prescrivere la pena di nullità come conseguenza necessaria*
,, *del difetto di qualche formalità nel matrimonio. Si ravvisa in vece*
,, *che* in tutte le domande di nullità di matrimonio per causa d' in-
,, competenza dell' uffiziale civile, di difetto di pubblicità e d' inos-
,, servanza delle formalità prescritte, il legislatore ha dato a' giudici
,, la facoltà di apprezzare le circostanze del fatto, di determinarsi
,, secondo la loro gravezza; in conseguenza di sostenere il matrimonio
,, come valido, anche quando potrebbero elevarsi de' dubbj su la in-
,, tera osservanza dell' articolo 165 † 175 già citato, il quale prescri-
,, ve che il matrimonio sarà celebrato pubblicamente ed innanzi l'uf-
,, fiziale dello stato civile di una delle parti; conciossiachè l' art. 193
,, dispone in effetti che le pene pronunziate dall'art. 192 contra l'uf-
,, fiziale dello stato civile, s' incorreranno dalle parti per ogni con-
,, travvenzione alle regole prescritte dall' art. 165, anche quando tali
,, contravvenzioni non saranno giudicate sufficienti per fare pronun-
,, ziare la nullità del matrimonio. *Così ragionava la corte di Gre-*
,, *noble in una decisione de'* 27 *febbrajo* 1817 *sulle idee spiegate*
,, *dalla corte regolatrice nel* 1814 ,,

Aggiungono poi in una nota gli stessi valenti interpetri le se-
guenti altre reflessioni: ,, *Il sistema costante della corte regolatrice*
,, *è tanto più imponente nella proposta specie, quanto che, come*
,, *assicura il sig.* LOCRÉ, *questo affare nella discussione fatta in*
,, *Consiglio di stato fu risoluto, ed egli ce ne rende autorevole te-*
,, *stimonianza, in tal modo.* Il matrimonio celebrato fuori della casa
,, comunale ed anche fuori del comune, purchè lo sia stato pubblica-
,, mente, e dall' uffiziale civile competente, non è colpito di nullità.

nio intorno ai dritti e doveri vicendevoli dei conjugati (89).

4. Egli riceve da ciascuna delle parti l' una dopo l'altra la dichiarazione che vogliono prendersi per marito e moglie.

75 5. Egli pronunzia in nome della legge che sono esse
77 unite in matrimonio, e ne stende l'atto immediatamente.

Quest' atto contiene oltre alle enunciazioni espresse in quello delle pubblicazioni, anche le seguenti: 1. l'età e luoghi di nascita degli sposi;

---

(89) Questa lettura non può avere altro oggetto che di far conoscere agli sposi i di loro doveri rispettivi in un momento in cui sono ancor liberi. Quindi si conchiude con molta ragione che non si può maritarsi per mezzo di un procuratore (*a*).

,, Così è stata decisa la quistione agitata sull' art. 74, e rinviata al ,, capitolo delle nullità. Essa consisteva a sapere se l' uffiziale dello ,, stato civile, nel caso di urgenza, può trasferirsi fuori del luogo ,, ordinario della celebrazione de' matrimonj. La legge non toglie questa ,, facoltà; poichè non solo essa non dichiara nullo il matrimonio che ,, è stato così celebrato, ma ella nè anche vede in ciò una irregolari- ,, tà che debba, come quelle che prevede negli art. 50 † 52 e 192 ,, † 201, portar seco la pena la più leggiera ,, ecc. ecc. Spirito del codice *su l' art.* 191.

,, *Il sig.* Delvincourt *non ha il coraggio di dire nettamente ,, che la mancanza della formalità suddetta meni a nullità; ma si ,, limita a dire che induce una presunzione di mancanza di libertà ,, di consenso dalla parte di alcuno degli sposi, e che tal presun- ,, zione obbligherebbe il consorte che ne sostiene la validità a pro- ,, vare l' opposto, cioè la libertà del consenso. Ma chi ha dato la ,, forza di presunzione che* relevat ab onere probandi *ad un fatto ,, così equivoco e che può essere avvenuto per mille innocenti ca- ,, gioni? Ed inoltre tra noi la violenza dovrebbe verificarsi nel ,, momento dell' atto compiuto innanzi al parroco per indurre la ,, nullità, e se questo seguì senza violenza, è vano discorrere di ,, un preliminare, che non mena a conseguenza, facendo valere ,, la idea di un timore presunto, che quando pur reggesse, è sa- ,, nato dall' acquiescenza contemporanea alla perfezione dell' atto, ,, o dal libero consenso, col quale è stato compito.* ,,

Sin qui i traduttori del decano della facoltà di Rennes. Siffatta quistione è superflua tra noi avendo le nostre Leggi soppressi tutti gli articoli su' quali poggia e l' una e l' altra opinione. Ma diviene importante in rapporto alla mancanza di pubblicità, su di cui abbastanza ragioneremo nelle osservazioni a questo Titolo, sezione V.

(*a*) *Veggasi quel che da noi si dirà nelle osservazioni a questo Titolo sulla promessa di celebrarsi il matrimonio fatta per mezzo di procura da uno degli sposi, sez.* 3.

2. Il consenso di quelli da cui è richiesto;

3. I documenti la di cui presentazione ha dovuto precedere il matrimonio: se nulla è stato opposto, se ne fa menzione;

4. I nomi, cognomi, età, professioni e domicilii dei testimoni (90), e la loro dichiarazione, se, da qual lato, ed in qual grado sono parenti delle parti. 76 79

Le disposizioni del presente paragrafo non possono applicarsi ai matrimonii contratti da' francesi fuori stato (91). In conseguenza, dietro la regola, *locus regit actum*, regola appropriata agli atti dello stato civile dagli articoli 47 e 48 del Codice, qualunque matrimonio di tal genere contratto con un francese o con un forestiere, è valido se celebrato secondo i riti civili usati in quel paese; purchè tuttavia (92) sia stato preceduto dalle pub-

(90) Questa disposizione è stata già riferita al Tit. III. degli atti dello stato civile (art. 34 † 36).

(91) *Quid* relativamente ai matrimonj contratti in Francia da stranieri? Essi vanno sottoposti alle leggi del proprio paese per la capacità di contrarlo, ed alle francesi per le formalità da adempirsi.

(92) *Il matrimonio è valido purchè* ec. dice l' art. 170 † T. Sembrerebbe dedursi da questa redazione, che in tal caso solamente la mancanza delle pubblicazioni potrebbe portar seco la nullità del matrimonio: ed in fatti la pubblicità è essenzialmente richiesta pel matrimonio; e qui le pubblicazioni sono il solo mezzo di pubblicità per la Francia. D' altronde se il matrimonio contratto in Francia non è nullo per non essere stato preceduto dalle pubblicazioni, la legge almeno pronuncia delle pene contro l' ufficiale dello stato civile, che si fosse permesso di celebrarlo. Or non vi sarebbe la stessa sanzione riguardo al matrimonio celebrato in paese straniero (*a*).

(*a*) *L' articolo* 170 † T, *dice il* Toullier, *esige ancora che i matrimonj contratti in paese straniero sieno stati preceduti dalle due pubblicazioni ordinate dall' art.* 63 † 68; *ma siccome tali pubblicazioni non sono richieste sotto pena di nullità pe' matrimonj contratti in Francia, così non è da dire che la loro ommissione opererebbe nullità di un matrimonio contratto in paese straniero. Al più la formalità delle pubblicazioni da farsi in Francia pe' matrimonj contratti fuori stato non può riguardare che quei Francesi i quali non avessero stabilito il loro domicilio attuale presso l' estero che mediante i sei mesi di residenza, art.* 167 † 177 (*L. c. num.* 532 *prim. ed.*). *Ma a questo paragrafo aggiunge una nota sull' opinione contraria emessa dal nostro autore in questi termini:* ,, Delvincourt, ,, *dubita se il matrimonio sia valido senza le pubblicazioni. Il di* ,, *lui dubbio è fondato sul testo dell' art.* 170 *il quale dice che il*

170 T. blicazioni prescritte nel paragrafo precedente (93): se non che, l'atto comprovante questa celebrazione, nello spazio di tre mesi dopo il ritorno del francese nel regno, debb' essere trascritto sul registro dello stato civile del luogo del suo domicilio (94).

---

(93) Dove queste pubblicazioni dovranno esser fatte? Osservate che in virtù della discussione questa necessità delle pubblicazioni sembra essere stata introdotta principalmente pei Francesi che volessero sottrarsi alle disposizioni delle leggi francesi sulla pubblicità de' matrimonii, andando a celebrare il loro in un paese straniero, ove le pubblicazioni non fossero richieste. In questo caso io credo che le pubblicazioni debbano farsi nel luogo del di loro domicilio in Francia. In quanto ai Francesi realmente domiciliati da lungo tempo in paese straniero, non sembra che quest' articolo potesse riguardarli. Di fatti il Francese, dice l' art. 170 † T. è obbligato *alle pubblicazioni prescritte dall' art.* 63 † 68. Ai termini dell' art. 166 † 176 queste pubblicazioni debbono farsi alla municipalità del domicilio. Dunque se i Francesi di cui si parla non hanno in Francia nè domicilio nè residenza, essi non sono obbligati di farvi pubblicazioni.

Nota. Su tale questione abbiamo una decisione della corte di Treveri pronunziata il 2 decembre 1811 (*Giurispr. del cod. civ.* tom. 18, p. 297) la quale ha confermato un matrimonio che non era stato preceduto dalle prescritte pubblicazioni. Or prima di tutto questa decisione non è affatto contraria al nostro avviso, poichè si trattava di un uomo il quale sembrava non aver domicilio in Francia. Ma bisogna notare che questa decisione suppone che l'art. 170 abbia inteso parlare di pubblicazioni da farsi in estero paese, il che non è esatto. Chiaro è che in questo articolo si tratta di pubblicazioni da farsi in Francia, e ciò fu chiaramente espresso nella discussione; e d' altronde come mai la legge francese potrebbe esigere in paese straniero l' osservanza di una formalità da non potersi adempire che dagli uffiziali di quel dato paese, i quali non sono certamente obbligati di ubbidire alle nostre leggi, e forse anche presso di una nazione ove non fosse costume di farsi simili pubblicazioni?

(94) *Quid* se questa transcrizione non avesse avuto luogo? Benchè la legge non abbia unita la pena di nullità all' inosservanza di questa formalità, io credo nulladimeno che in questo caso il matrimonio non essendo legalmente conosciuto in Francia, non avrebbe alcun effetto civile a riguardo de' Francesi, o de' beni situati in Francia; che in conseguenza i figli di questo matrimonio non erediterebbero tali beni

,, *matrimonio è valido purchè sia stato preceduto dalle pubblicazio-*
,, *ni. Donde egli conclude che questa disposizione delle pubblicazio-*
,, *ni sia una condizione del matrimonio. A noi sembra che questo*
,, *articolo non accordi in questo caso all' omissione delle pubblica-*
,, *zioni maggior forza che ne' casi dei matrimonj contratti in Francia* ,,.

Tutto ciò rimena alla quistione di sopra agitata sulla nullità del matrimonio per difetto di pubblicità. Tra noi la soppressione dell' art. 170 *rende ozioso questo esame.*

Ma siccome dietro i principii stabiliti nel Titolo preliminare, le leggi personali (95) seguono il francese dapertutto, ne consegue che eziandio in paese straniero egli è tenuto (96) di conformarsi alle disposizioni delle leggi francesi relative all'età de'contraenti, al loro consenso ed a quello della loro famiglia, ed agl'impedimenti (97). 170

CAPITOLO II.

DELLA PRUOVA DEL MATRIMONIO.

Per determinare come il matrimonio può esser provato, convien distinguere le persone a cui questa pruova si chiede.

Se ai conjugati o ad uno di essi, non vi ha che il caso di non esistenza de' registri preveduto dall' art.

---

in pregiudizio degli altri parenti francesi, e che non potrebbe servir di motivo a far annullare un secondo matrimonio contratto in Francia prima del suo scioglimento, ecc. Dopo ciò, ecco la distinzione che io stabilirei: se il matrimonio è trascritto nel termine imposto, esso ha lo stesso effetto come se fosse stato celebrato in Francia. Altrimenti non comincia ad avere effetto che dal giorno della trascrizione, nè può recar pregiudizio agli atti compiuti, o ai dritti cui prima si è fatto luogo (*a*).

(95) Cioè quelle che riguardano la capacità della persona.

(96) Il Francese, ma non lo straniero che contrattasse con lui. Se dunque il matrimonio avesse luogo in un paese in cui le fanciulle possono maritarsi di dodici anni, il Francese potrebbe validamente sposare una fanciulla di quel luogo la quale non avesse che tal età.

(97) Quantunque l' articolo 170 † T. sembri non assoggettare il Francese che si marita in paese straniero che alle regole riferite nel cap. 1.°, il che parrebbe dispensarlo da quelle relative alla morte civile (art. 25. † T), all' adulterio (art. 298. † T), all' intervallo che deve esistere fra il primo e 'l secondo matrimonio della donna (art. 228. † 150.); nulladimeno siccome queste disposizioni stabiliscono delle incapacità personali, esse debbono seguire il Francese dapertutto.

(*a*) *Sembra troppo rigorosa in questo caso l' opinione del sig.* DELVINCOURT.

Gli autori de' commentarj, all' art. 180 *delle Leggi civili, domandano se non essendo seguita la trascrizione dell' atto di matrimonio ne' tre mesi dopo il ritorno nel regno, possa la medesima aver luogo posteriormente; e concludono così „ L' affermativa è „ evidente. Il termine suddetto non è imposto a pena di nullità o „ di decadimento, nè l' art.* 180 *si esprime in modo proibitivo. La*

194 46 il quale possa assolvergli dal ripresentare l' atto di celebrazione di matrimonio (98) Il solo possesso di stato (99) non è mai una pruova sufficiente, neanche riguardo ai
195 conjugati fra loro (100).

Pertanto questo possesso medesimo congiunto con la ripresentazione dell' atto di celebrazione innanzi all' uffiziale dello stato civile, forma un mezzo di eccezione insormontabile contro quello de' conjugi che volesse do-
196 mandare la nullità dell' atto indicato (101).

Può accadere però che qualche malevolo abbia procurato di annullare la pruova del matrimonio sopprimen-

---

(98) Quindi non potrebbero essere ammessi alla pruova testimoniale, quand'anche pretendessero aver un principio di pruova per iscritto, e salvo il caso di cui sarà questione, che la pruova del matrimonio risultasse da una procedura criminale.

(99) (Vedete alla fine del presente capitolo ciò che deve intendersi per *possesso di stato*).

(100) Cioè che se uno de' pretesi conjugi impugnasse il matrimonio, l' altro non potrebbe opporgli una eccezione d' inammissibilità, tratta dall' avergli lasciato godere il titolo ed i dritti di conjuge legittimo. Tanto più non potrebbe essa esser opposta ad un terzo; altrimenti, come dipende dai soli conjugi il procurarsi questo possesso, dipenderebbe ugualmente da essi soli il procurarsi una pruova del di loro matrimonio. Nondimeno il 2 gennajo 1814 la corte di Metz ha deciso, e con ragione, che quando si tratta di un matrimonio che si pretende essere stato celebrato in un paese ove non si sia nell' uso di tenere i registri dello stato civile, il possesso di stato può essere ammesso come pruova del matrimonio. (SIREY, 1819 2. par. p. 314).

(101) In tal modo, l'uno de'conjugi non potrebbe trarre argomento dall' esser l'atto di matrimonio steso sopra un foglio volante, dal perchè li testimonj non abbiano le qualità richieste, ec. Ma riflettete che l'atto solo del matrimonio è quello di cui i conjugi non possono domandare la nullità. In quanto al matrimonio in se stesso, essi possono attaccarlo in tutt' i casi di nullità assoluta; come per incesto, bigamia, mancanza di pubblicità, incompetenza dell' ufficiale pubblico, ecc. in una parola per tutte le cause riferite negli art. 184 e 191 † T.

,, *legge desidera che il suo voto sia secondato al più presto possibile, interessandole di far noto lo stato del cittadino già rientra-*
,, *to nel regno; ma se giusti motivi, od anche la negligenza facesse-*
,, *sero eseguir tardi siffatta trascrizione, il matrimonio non cesse-*
,, *rebbe di produrre i suoi effetti, e la trascrizione suddetta sarebbe*
,, *efficace in tutti i casi. Anzi se anche la disposizione di questo*
,, *articolo non fosse adempita, il matrimonio fuori del regno con-*
,, *tratto produrrebbe sempre gli effetti civili tra noi, mentre la sua*
,, *validità, checchè ne dica il* DELVINCOURT, *è determinata dal-*
,, *l' art. 49, indipendentemente dalle cautele prescritte nell' art.* 180.

do l' atto di celebrazione; per esempio, falsificandolo, lacerando il foglio del registro, ec. Questa soppressione è un delitto pel quale può agirsi in via criminale; e se in seguito della procedura si acquista la pruova della celebrazione, l' inscrizione della sentenza su i registri dello stato civile assicura al matrimonio dal giorno in cui, secondo la pruova fatta, la detta celebrazione ebbe luogo, tutti gli effetti civili (102), tanto rispetto ai conjugi che ai figli nati da esso. 198

L' azione criminale non può in questo caso essere intentata che dai conjugi solamente finchè entrambi son vivi; ma dopo la loro morte, o anche quella dell' un di essi (103), tale azione appartiene a tutti coloro i quali hanno interesse a pruovare il matrimonio, non che al pubblico ministero. 199

Se il delitto non è scoperto che dopo la morte del colpevole (104), non possono più aver luogo le proce-

---

(102) È questa un' eccezione al principio contenuto negli art. 326 e 327 † 248 e 249, dichiarando che i tribunali civili siano i soli competenti a pronunciare sulle quistioni di stato, e che l'azione criminale contro un delitto di soppressione di stato non può cominciare che dietro il giudizio definitivo de' tribunali civili sulla questione di stato che ne risulta. Egli è evidente infatti che la celebrazione di un matrimonio è ben più suscettibile di esser provata per via di testimonj, che non lo stato di figlio. Si può dire anche che gli art. 326 e 327 essendo collocati sotto la rubrica *delle pruove della figliazione de' figli legittimi*, non possono essere applicati se non che alle questioni relative alla figliazione; al contrario l'art. 199 † T collocato sotto al tit. del *matrimonio*, non riguarda che la pruova del matrimonio.

(103) L' art. 199 † T aggiunge: *senza avere scoperta la frode.* Ma io credo che quest' ultima espressione siasi detta *enuntiative*, e non mai nell' intenzione di escludere i terzi nel caso in cui i conjugi, scoverta la frode, avessero intanto trascurato di attaccarla in giudizio. Si sa fino a qual punto certe persone spingano l' indolenza: tranquille durante la propria vita, poco brigando di ciò che potrà avvenire dopo la morte, non han voluto darsi il pensiere e l' impaccio di un processo criminale. Si andrà perciò a privare i figli di esse del mezzo che la legge ha inteso loro concedere, di pruovare cioè il proprio stato? Io non posso pensarlo, ed è perciò che mi sono espresso nel testo di una maniera affatto generale.

(104) L' art. 200 † T non parla che della morte *dell' ufficiale pubblico*, poichè suppone che siasi da lui commesso il delitto; ciò ch' è effettivamente il caso il più ordinario. Ma l' art. 51 † 53 suppone ancora che questo delitto da ogni altro può esser commesso che dal depositario del registro, poichè, per modo di esempio, un

dure criminali ; ma come non sarebbe giusto che questo avvenimento privasse le parti interessate del dritto di far riparare il danno loro cagionato, hanno esse la facoltà di denunziare (105) il fatto al procuratore del re, il quale è tenuto di promuovere col loro concorso, ma in linea civile soltanto, l'azione contro gli eredi del col- 200 pevole (106).

Allorchè i conjugi sono ambidue morti (107), l'ob-

---

foglio può essere strappato da una terza persona senza la partecipazione del depositario ; e non vi ha dubbio che in tal caso sarà la morte del colpevole, e non quella del depositario che dovrà determinar l'applicazione dell' art. 200.

(105) Perchè non possono agire in giudizio da se stesse, non trattandosi più che di un' azione civile ? Ciò è per evitare la connivenza. Non si vuole ch' esse possano intendersi con gli eredi del colpevole onde ottenere un giudicato dal quale risulterebbe la pruova del matrimonio.

(106) E la sentenza del tribunal civile otterrà in questo caso lo stesso effetto relativamente alla pruova del matrimonio, che avrebbe avuto la decisione criminale.

(107) Anticamente bastava che ne fosse morto un solo perchè i figli fossero dispensati dal produrre l'atto del matrimonio de' loro genitori. Si credeva che non bisognasse lasciare ad uno de' conjugi la facoltà di privare il figlio del suo stato con una colpevole reticenza. Oggigiorno si esige che i due conjugi siano morti (e probabilmente lo stesso sarebbe se essi fossero nell' impossibilità di manifestare la di loro volontà, per es. se fossero nello stato di demenza, furore, imbecillità, ec.) e credo che siasi ben fatto. È difficile supporre che un padre od una madre odiasse i proprj figli al punto di volerli privare del di loro stato, a rischio di passare essi stessi per concubinarj ; e se ciò avvenisse, sarebbe al certo una di quelle disgrazie risultanti dall' imperfezione che generalmente caratterizza le opere degli uomini. Ma non è ciò da mettersi in confronto col pericolo che vi sarebbe di procurare a figli nati da un criminoso commercio la facilità di acquistare lo stato di figli legittimi, grazie ad un posseso di stato sempre molto facile ad acquistarsi allorchè il padre e la madre sono concordi a favorirli.

Ma si dirà che quest' ultimo inconveniente avrà luogo anche dopo la morte de' due conjugi. Io rispondo che ordinariamente dopo la morte del conjuge predefunto avviene che sorga la quistione di stato relativamente alla successione del medesimo. E per conseguenza se tal questione è una volta decisa contra il figlio, non può in conto alcuno rinnovarsi dopo la morte del conjuge superstite. Io so bene che potrebbe ciò in altro modo avverarsi, per esempio, se la successione del conjuge premorto è più onerosa che profittevole, e che per conseguenza nessuno abbia interesse d' impugnare lo stato del figlio. Ma prima di tutto è questo un caso particolare che la legge non

bligo di ripresentare l'atto di celebrazione non ha dovuto essere così rigorosamente imposto ai figli che possono ignorare ciò ch'è avvenuto innanzi la loro nascita (108).

Se dunque il padre e la madre hanno pubblicamente vivuto come marito e moglie (109), e se i figli hanno in lor favore un possesso di stato, che non sia in opposizione col loro atto di nascita (110), non han bisogno per

---

ha dovuto considerare, e non era possibile d' altronde di privare i figli di uno stato ch' essi son riputati possedere, e ciò per mancanza di esibizione di un atto che si è passato prima della di loro nascita.

Quid, se uno de' conjugi esiste, ma che sia egli che contrasta la legittimità per motivo della mancanza dell' atto di celebrazione non presentato? A me sembra che in questo caso, il conjuge dovrebb' esser dichiarato non ammissibile. In fatti, abbiam visto che la disposizione la quale obbliga il figlio che ha ancora il padre o la madre, di presentare l' atto della celebrazione del matrimonio è fondata sul motivo che non si può supporre che il conjuge vivente voglia a prezzo del proprio disonore far dichiarare i suoi figli illegittimi. Ora quì una tale presunzione si distrugge col fatto. D' altronde, decidendosi per l'inammissibilità, la sentenza non avrà effetto che riguardo al conjuge, e non impedirà che la quistione di stato non sia ulteriormente dibattuta cogli altri interessati.

(108) Il figlio può dire di non conoscere ove siansi maritati i suoi genitori. Il conjuge non può dire che ignori dove siasi il suo matrimonio celebrato.

(109) In tal modo non basta che il figlio abbia il possesso di stato di figlio leggittimo; fa d'uopo ancora che il padre e la madre siano morti in possesso dello stato di conjugi legittimi. Così fu deciso e ragionevolmente a Parigi addì 11 maggio 1816 (SIREY, 1817, 2. part. p. 44).

(110) Ciò non vuol dire ch' essi siano obbligati di esibire il loro atto di nascita, poichè vi supplisce il possesso di stato, (art. 320 † 242). D' altronde l' art. non dice che il possesso debba esser conforme all' atto, ma bastare che non fosse dal medesimo contradetto. Or se l' atto non è esibito, non può dirsi che vi sia contradizione. Ma se fosse presentato, e che il figlio per modo di esempio vi sia qualificato come *figlio naturale*, vi sarà allora contradizione; e 'l figlio è obbligato a produrre l' atto di celebrazione del matrimonio di suo padre e di sua madre.

In tal modo dunque allorchè l' atto di nascita è presentato, si possono supporre tre casi relativamente al figlio che ha in suo favore il possesso di stato di figlio legittimo, e di cui il padre e la madre hanno avuto il possesso di stato di marito e moglie e sono morti amendue:

O l' atto di nascita porta che sia *figlio legittimo di* ec., ed allora esso è conforme al possesso di stato: nessun obbligo di produrre l' atto di celebrazione.

O il figlio vi è portato come *figlio naturale di* ecc., e l' atto

197 dimostrare la loro legittimità di presentar l' atto di cele-
190 brazione del matrimonio dei loro genitori (111).

S' intende in generale per possesso di stato la notorietà risultante da una serie non interrotta di fatti tendenti a provare lo stato di cui una persona ha goduto nella società e nella famiglia.

Così, due persone che hanno sempre pubblicamente vivuto come marito e moglie, e che sono state per tali riconosciute senza contradizione, hanno per esse il possesso di stato di marito e moglie.

Se un figlio ha sempre portato il nome del padre cui pretende appartenere, se questi l' ha trattato ed educato come suo legittimo figlio, se come tale egli è
321 stato costantemente riconosciuto nella società e nella fa-
243 miglia, è in possesso dello stato di figlio legittimo (112).

---

allora è contrario al possesso di stato: obbligo indispensabile di produrre l' atto di celebrazione.

O vi è semplicemente portato come *figlio* di tale e tale, ed allora l' atto non è nè conforme nè contrario al possesso. Ma siccome non lo contraddice, il figlio non è tenuto a produrre l' atto di celebrazione. (Osservate la nota. 24 pag. 158 del tomo primo.

(111) Cioè che la legittimità non può essere disputata per mancanza di presentazione dell' atto di celebrazione. Ma se indipendentemente da questa mancanza, vi esistano altri motivi, la legittimità può essere impugnata; se, per esempio, si offrono delle pruove che all' epoca presunta del concepimento de' figli, il padre e la madre si ritrovavano impegnati ne' legami di altro matrimonio, ecc.

(112) È questo ciò che dicesi avere *nomen*, *tractatus*, *fama*:

Nomen, se abbia portato il nome del tale individuo;

Tractatus, se tale persona lo abbia trattato come figlio;

Fama, se per tale finalmente sia passato nella pubblica opinione. *Talis plerisque videbatur* (dice la legge 3.. ff. *de senat. Maced.*) *sic agebat*, *sic contrahebat*, *sic muneribus fungebatur*. Questi caratteri si applicano a tutt' i casi ne' quali può elevarsi questione sopra degli atti ne' quali una parte ha figurato con una qualità che realmente non aveva, quantunque le fosse stata attribuita dall' opinione comune. Si può riscontrare su questo soggetto la famosa legge *Barbarius Philippus* 3. *ff. de off. praet.*, la quale dichiarò valide le decisioni prese all' occasione di uno schiavo creduto libero, e che in virtù di questa opinione era stato elevato alla dignità di pretore. È in questo senso dunque che dicesi *error communis facit jus*. Ma fa d' uopo che vi sia veramente error comune. Non basterebbe al certo il dire che la persona con la quale si è trattato, siasi presentata sotto tale o tale altra qualità. Appartiene a colui che tratta di prendere delle informazioni sulla condizione reale della persona con la quale egli contratta, e se gli opporrebbe allora questa massima: *omnis guarus debet esse conditionis ejus cum quo contrahit.*

Abbiam veduto e vedremo ancora in seguito di quale importanza può esser la pruova risultante dal possesso di stato.

CAPITOLO III.

DELLE NULLITA' DEL MATRIMONIO (113).

Si distinguono due specie di nullità del matrimonio: le assolute e le relative.

Le nullità assolute son quelle fondate sopra motivi di ordine pubblico, e che in conseguenza possono essere invocate non solo da tutti coloro che ci hanno interesse, ma benanche dai conjugi e dal pubblico ministero (114).

Riflettete che a' termini dell' art. 321 † 243 il possesso di stato si *stabilisce mediante una sufficiente riunione di fatti, di cui i principali sono* ecc. Il che lascia pensare che vi siano ancora altri fatti suscettibili di costituire il possesso di stato, e che rimangono all' arbitrio del giudice.

(113) Osservate 1.° che la nullità di un matrimonio non può esser pronunciata che dai tribunali.

2.° Che queste specie di domande in generale non sono suscettive di transazione, nè per conseguenza di sperimento di conciliazione.

3.° Che se siasi pronunciata la nullità in prima istanza, non può procedersi ad un nuovo matrimonio che spirato il termine dell' appello (argom. tratto dagli art. 264 e 265 † T.) il quale può essere anche interposto dal pubblico ministero, siccome lo proveremo qui appresso alla nota 128 pag. 68.

4.° Che se siasi pronunciata la nullità con una sentenza anche in contradizione, non si può neanche procedere ad un nuovo matrimonio che dopo spirato il termine a ricorrere in cassazione, o dopo che siasi stabilito sul ricorso. (Argom. tratto dai due suddetti art. 264 e 265).

5.° Finalmente che, nello stesso caso della esistenza de' due conjugi, la moglie non può rimaritarsi se non che dieci mesi dopo che sia stata pronunciata la sentenza di nullità del primo matrimonio, e che abbia acquistato forza di cosa giudicata.

(114) Tali sono, come il dicemmo, le nullità che risultano dell' incesto, dalla bigamia, dalla mancanza di pubblicità, dall' incompetenza dell' ufficiale pubblico, ecc.

La mancanza di consenso degli sposi o di uno di essi, sarebbe essa riguardata come una nullità assoluta? Io penso che bisogna distinguere; se vi esistiva un consenso ma fondato sulla violenza o sull' errore, benchè secondo l' art. 1109 † 1063 possa dirsi, che non vi sia realmente consenso; ciò non ostante avendo il Codice deciso con ragione che la nullità in questo caso sia semplicemente relativa, la quistione trovasi risoluta. Infatti chi meglio dello sposo che si preteu-

Le nullità relative son quelle che poggiano su motivi d'interesse privato. Esse non possono in conseguenza invocarsi se non dalle persone nell'interesse delle quali sono stabilite, ed il di cui silenzio durante un dato intervallo di tempo basta perchè non si possa impugnare il matrimonio sotto questo rapporto (115).

Tratteremo separatamente di ciascuna di tali specie di nullità; ma prima di ogni altra cosa osserveremo che il matrimonio, quantunque nullo e dichiarato tale per qualunque motivo, produce nondimeno gli effetti civili

---

de essere stato forzato o ingannato, può sapere se l'errore o la violenza sia esistita?

Ma se non vi fosse stato alcun consenso, *puta*, se uno de' sposi abbenchè non interdetto sia ciò non istante in uno stato abituale di demenza di furore o d'imbecillità? Allora, siccome l'art. 146 † 153 dice formalmente che in questo caso non vi sia matrimonio, a me sembra che ne risulti ad evidenza che la nullità sia assoluta, e possa esser invocata da tutti quei che vi hanno interesse. Pure si è deciso diversamente dalla corte di cassazione nel 9 gennajo 1821 (*Bollet.* n. 4) sul fondamento che l'art. 146 non sia stato rammemorato nell' articolo 184 † T, che enuncia, dice l'arresto, tutti i casi ne' quali possono essere ammessi i collaterali. Ma può vedersi quel che abbiam detto a questo proposito di sopra nella nota 52 p. 26 per provare di essere impossibile, secondo lo stesso Codice, il dire che tutte le cause di nullità assoluta siano enumerate nel cap. 4, poichè altrimenti ne seguirebbe che il matrimonio dell' interdetto, del furioso, del morto civilmente, del conjuge adultero col suo complice, non potrebb' essere impugnato; e d'altronde l'art. 174 † 183 permettendo ai collaterali di opporsi al matrimonio de' di loro parenti per motivo di demenza, a carico di quelli di provocarne l'interdizione, non dee forse conchiudersene, ch' essi sarebbero in dritto di domandare la nullità del matrimonio contratto in pregiudizio della di loro opposizione?

Nella specie proposta e sottomessa alla corte di cassazione, l'interdizione era stata provocata più di quattro mesi prima del matrimonio.

(115) Tal è quella che risulta dalla mancanza del consenso dei genitori nel caso in cui vien richiesto. È chiaro che questa nullità fu stabilita soltanto nell' interesse de' genitori onde si rispettasse la loro autorità, ed in quello de' figli per impedir loro male assortite unioni. Non può esser dunque invocata che da essi; e quando sia trascorso un sufficiente tempo onde possa presumersi che i genitori approvino il matrimonio, o che i figli non abbiano a pentirsi della loro unione, permetter ancora ad essi d'impugnarla sarebbe lo stesso che favorire la leggerezza ed il capriccio. Al contrario allorchè la nullità è fondata sopra infrazioni fatte all'ordine pubblico o alla morale, siccome non si prescrive mai contro l'abuso, l'azione debbe essere perpetuamente aperta alle parti interessate.

tanto rispetto ai conjugi che ai figli, quando è stato contratto di buona fede (116). 201 191

S'intende per buona fede l'ignoranza nella quale erano le parti della causa che le impediva di unirsi insieme in matrimonio (117).

Se la buona fede non ha avuto luogo che dalla parte di uno dei conjugi (118), il matrimonio non produce gli effetti civili che in favor di lui solo, e dei figli nati dal matrimonio (119). 202 192

---

(116) Cioè che i figli goderanno de' dritti di figli legittimi, e che i conjugi potranno richiedere rispettivamente l'esecuzione delle loro convenzioni matrimoniali, come se vi fosse stato un vero e reale matrimonio.

Questa dottrina, ch' era simile nell' antico dritto, venne stabilita da una decisione di Papa Innocenzo III, che trovasi nella collezione delle *decretali* di Gregorio IX cap. 14. *Qui filii sint legitimi.* (Da vedersi anche la legge 57 §. 1 ff. *de ritu nupt.*).

(117) Se per esempio, la moglie di un militare siasi rimaritata sulla fede di un atto di morte di suo marito, che si è creduto trapassato, e che non l'era. Ma riflettete che per esservi buona fede che possa dare gli effetti civili al matrimonio, fa d' uopo che l'errore degli sposi sia un errore di fatto, come quello che abbiamo annunciato o altro simile. Poichè se sia un errore di dritto, la nullità avrebbe tutto il suo effetto, e 'l matrimonio sarebbe privo degli effetti civili; *puta*, se vi mancasse una formalità o una condizione imposta dalla legge sotto pena di nullità, i conjugi non sarebbero ammessi a dire ch' essi l' ignoravano, poichè *nemo jus ignorare censetur.*

Lo stesso avverrebbe nel caso d' un errore di fatto, se gli sposi non avessero prese le misure richieste dalla legge per conoscere gl' impedimenti che potevano esistere; *puta*, se non vi fossero state pubblicazioni: fa d' uopo che l'opinione degli sposi, benchè erronea, sia pertanto quella che si chiama *justa et probabilis* (*a*).

(118) Se per esempio un uomo maritato, non vedovo, nè divorziato, abbia contratto un secondo matrimonio facendosi passare per celibe.

(119) In tal modo i figli godranno de' dritti di figli legittimi per rapporto ai conjugi. Ma l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali non potrà esser richiesta che dal conjuge che non abbia avuto parte alla frode; questi solo potrà reclamare i vantaggi stipulati col contratto matrimoniale, ma che non avranno sempre il loro effetto se non nei casi ne' quali essi l'avrebbero ottenuto, ove fosse stato valido il matrimonio. Egli succede solo ai figli del matrimonio i quali succederanno non solamente a lui, ma ancora al conjuge di mala fede; laddove quest' ultimo non avrà alcun dritto alla di loro successione.

Quid, relativamente a' figli nati dopo che sia cessata la buona

(*a*) *Vedi ciò che diremo sul matrimonio putativo nelle nostre osservazioni sez. v.*

Sezione prima.

Delle nullità assolute.

147 155 Le nullità assolute sono : 1.° tutte quelle risultanti dagl' impedimenti dirimenti , salvo per ciò che riguarda 184

---

fede , cioè dopo che il conjuge innocente abbia conosciuto la causa di nullità ? Io credo che bisogna qui far distinzione : se questa causa fosse tale da divenir suscettibile di essere respinta da una eccezione d' inammessibilità , quale sarebbe l' incompetenza dell' ufficiale dello stato civile , la mancanza dell' età , ecc. , io credo che i conjugi possono restare uniti fino a che un giudicato li condanni a separarsi , e che i figli venuti dalla di loro unione sono legittimi. Altrimenti , ove si trattasse di nullità che non possono esser coverte , come quelle che risultano dall' incesto o dalla bigamia. In questo caso il conjuge innocente dee separarsi , e se l' altro insiste per la coabitazione , dee domandare la nullità del matrimonio. Tale è , per quest'ultimo caso , il sentimento di Le Prestre , cent. 1. cap. 1. n.° 16.

Osservate inoltre che il conjuge innocente è sempre riputato essere in buona fede finchè non sia provato il contrario. Non si presume mai la mala fede. (art. 2268 † 2174).

Su questa disposizione una quistione assai singolare ed interessante si è elevata , ed è di conoscere se un matrimonio simile otterrebbe l' effetto di legittimare i figli che i due individui avessero avuti prima dal loro commercio siccome lo farebbe un matrimonio legittimo. L' arresto detto di La Boissiere , pronunciato dal parlamento di Parigi il 15 marzo 1674 , sembra di aver deciso per la negativa , e lo stesso si potrebbe inferire da queste espressioni dell' art. 202 † 192 , *figli nati dal matrimonio.*

Forse converrebbe distinguere se la causa di nullità del matrimonio esisteva all' epoca del concepimento de' figli. In tal modo , un uomo ed una donna celibi ambedue , vivono in vietato commercio , e ne nascono de' figli, Il padre viaggia e si marita in paese straniero ; ritorna e senza parlare del suo matrimonio , anzi nascondendolo con particolare attenzione, sposa la madre de' suoi figli naturali la quale è riputata di buona fede. Egli è certo che questo secondo matrimonio è nullo , ma che la causa della nullità non esisteva affatto all'istante del concepimento de' figli , come se il padre fosse stato maritato all' epoca stessa. Or in entrambi i casi quello in cui il padre sarebbe stato già maritato nell' epoca del concepimento de' figli , e quello in cui non lo sarebbe stato , il matrimonio potrebbe avere per effetto di legittimare i figli ?

Li legittimerà in un caso , e non nell' altro?

O in fine non gli legittimerà affatto in alcun caso ?

Io sarei portatissimo a credere che i figli debbano esser riguardati come legittimi ogni qual volta la causa della nullità non esisteva nel tempo del di loro concepimento ; ma che nel caso contrario il matrimonio putativo non ha effetto alcuno relativamente alla legittimità.

il legame del primo matrimonio quel che abbiam detto relativamente al caso di assenza del primo conjuge; 139

La prima parte di questa opinione è fondata sopra ciò: il principio generale risultante dagli art. 201 e 202 † 191 e 192 è che il matrimonio nullo, ma contratto di buona fede da una delle parti, produce gli effetti civili relativamente ai figli. Or sicuramente la legittimazione de' figli è uno degli effetti civili del matrimonio. L' art. 202 aggiunge in verità: *nati dal matrimonio*; ma da un' altra parte, l' art. 333 † 255 dice che i figli legittimati si reputano come se fossero figli del matrimonio che gli ha legittimati: d' altronde egli è un principio che *fictio tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero*. Or certamente nella nostra ipotesi se il matrimonio fosse valido, i figli sarebbero legittimati; dunque debbono esser tali benchè sia nullo, poichè la legge lo reputa come valido riguardo a loro.

Intanto, perchè il matrimonio putativo non ha il medesimo effetto quando la causa di nullità esisteva all' epoca del concepimento de' figli? Ciò è perchè in tutti i casi, anche in quello di valido matrimonio, i figli non possono essere legittimati se non quando sieno atti a ricevere il beneficio della legittimazione. Or noi abbiamo veduto che coloro soli possono essere legittimati, il padre e la madre de' quali potevano contrarre matrimonio insieme all' epoca del concepimento; e risulta da ciò che sopra si è esposto che in uno de' due casi il padre nell' epoca del concepimento de' figli era già maritato ad un' altra persona. In verità la madre l' ignorava, ma questa ignoranza dalla sua parte dee avere il medesimo effetto che se fosse esistita solo al momento del matrimonio? Ed ecco ciò che andremo ad esaminare risolvendo la seguente questione che Pothier discute come la precedente nel suo trattato *del contratto di matrimonio*, part. V. cap. 2.

Un uomo maritato, ma creduto celibe, vive in proibito commercio con una donna libera: divenuto vedovo, la sposa. Tal matrimonio, ch' è valido, legittimerà i figli precedentemente nati benchè bastardi adulterini? La ragione del dubbio è tratta dall' essere stata la donna di buona fede quando concepì. Or se la buona fede di uno dei conjugi basta per dare ai figli i dritti della legittimità benchè nati da vizioso matrimonio e dichiarato nullo, sembra che nella ipotesi la buona fede della moglie deve egualmente esser bastevole per togliere ai figli la macchia dell' adulterio, ed in conseguenza per rendergli atti a ricevere il beneficio della legittimazione. Bisogna però credere con Pothier che questi figli non saranno affatto legittimati, e ciò è stato così deciso al parlamento di Parigi il 4 giugno 1697, sulle conclusioni del signor D' Aguesseau nell' affare di Tiberio Fiorelli detto Scaramuccia. (47. Aringa). Il motivo di questa decisione fu che il matrimonio essendo una cosa permessa ed anche in se stessa lodevole, l' ignoranza del conjuge che lo ha contratto in buona fede è una innocente ignoranza che in conseguenza dev' essere scusabile. Al contrario l' ignoranza della donna che vive in commercio illecito con un uomo maritato che credeva celibe non è affatto innocente, poichè *dat operam rei illicitae*. Ignoranza tale non è dunque scusabile, mentre chi rendesi colpevole di una vietata azione è risponsabile di tutte le conseguenze

2.° La mancanza di età. Questa nullità, quantunque

---

di quest' azione, anche di quelle che non potè prevedere. Ecco perchè l' ubbriaco è risponsabile di tutti gli atti che si sarà permessi nell' ubbriachezza, benchè li abbia commessi in mancanza di conoscenza, e senza ch' egli abbia neppur avuto l' uso della sua ragione. Ciò che tanto bene spiega il cardinal di Palermo in questo passaggio citato da Pothier nel trattato già enunciato:

„ *Contrahens matrimonium dat operam rei licitae; ideo ignorantia sua excusatur; sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitae; ideo ignorantia sua non est probabilis: non debet inde consequi praemium; et dandi operam rei illicitae imputantur omnia quae sequuntur praeter voluntatem ejus* „.

E noi abbiamo adottato un tal principio quasi in tutti gli articoli delle nostre leggi criminali che concernono i complici di delitti, o di misfatti. Vediamo in effetti dagli art. 381, 382 e seguenti del Codice penale, che l' autore di un furto è punito con una pena più o meno grave a tenore delle circostanze che lo accompagnarono. Ma quando si tratta di complici, risulta dalla riunione degli art. 62 e 63 che ad eccezione di alcuni casi, i complici debbono esser puniti della stessa pena che l' autore del furto, quand' anche ne avessero essi ignorate le circostanze aggravanti. Or su qual altra considerazione ciò può esser fondato, se non su quella che *danti operam rei illicitae imputantur omnia quae eveniunt, etiam praeter voluntatem ejus* (a)?

Noi vediamo attualmente perchè mai il matrimonio nullo, benchè contratto di buona fede, non legittimi i figli ove la cagione esistesse

(a) *Gli art.* 381 *e* 382 *citati dall' autore riguardano le pene comminate ai colpevoli di furti. Il concorso di cinque circostanze ivi indicate porta alla pena di morte; la violenza unita a due altre circostanze mena a quella de' lavori forzati perpetui, ec. Gli art. poi* 62 *e* 63 *riguardano i complici ricettatori de' furti suddetti. Ivi si prescrive la regola genenerale che come complici li condanna alla stessa pena de' rei principali; nondimeno rispetto ai ricettatori le pene di morte, di lavori forzati perpetui, o della deportazione, se vi sarà luogo alle medesime, non potranno essere loro applicate, se non quando saran convinti di aver avuto scienza, nel tempo del ricettamento, delle circostanze alle quali sono dalla legge applicati questi tre generi di pene: altrimenti essi non soggiaceranno che alla pena de' lavori forzati a tempo.*

Veramente il Codice penale francese mancava alle regole di giustizia e di proporzione nello stabilire l' eguaglianza delle pene indistintamente tra i rei principali ed i complici. L' autore del Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno *sin dal* 1814 *esclamò contro siffatte disposizioni, e dimostrò l' incoerenza e l' ingiustizia di questo principio, additando le regole onde proporzionarsi le pene alla diversa qualità di complici. I voti di questo magistrato dabbene si videro soddisfatti, come nella maggior parte delle modificazioni da lui proposte, nella pubblicazione delle nuove* Leggi penali. „ *Son* „ *complici di un reato (fu ivi scritto nell' art.* 74) 1. *Coloro che* „ *avranno dato commessione o mandato per commetterlo;* 2. *coloro*

assoluta, poichè può essere invocata sia dai conjugi me-

---

della nullità, benchè ignorata all' epoca del concepimento. Poichè se il matrimonio anche valido non legittima in questo caso, come lo abbiamo dimostrato, per più forte ragione il matrimonio nullo non dee neanche avere questo effetto.

Intanto perchè noi abbiamo deciso che il matrimonio putativo legittimava quando la causa di nullità non esisteva all' epoca del concepimento de' figli? Ciò è perchè in questo caso l' ignoranza della nullità ha avuto luogo all' epoca del matrimonio, cioè ad un' epoca in cui i conjugi *dabant operam rei licitae*. Or noi abbiamo dimostrato che in simil caso l' ignoranza è innocente ed in conseguenza scusabile. Nell' altra ipotesi al contrario, l' ignoranza esisteva nell' epoca del concepimento, cioè in un momento in cui i conjugi *dabant operam rei illicitae*. Questa ignoranza dunque non era innocente, e non doveva essere in modo alcuno scusata; essa non può dunque togliere ai figli provenienti da questo commercio la macchia dell' adulterio. Da ciò segue che ne' due casi il matrimonio ha di fatti i suoi effetti civili, ma che nel primo i figli sono atti a ricevere il beneficio della legittimazione, mentre che non lo sono nel secondo.

La decisione di La Boissiere di cui già parlammo non ripugna a

,, che per mezzo di doni, di promesse, di minacce, di abuso di ,, autorità o di potere, di macchinazioni o artifizj colpevoli lo avran- ,, no provocato o avranno dato istruzioni per commetterlo; 3. coloro che ,, avranno procurato armi, istrumenti, o altri mezzi che hanno servito ,, all'azione, sapendo che vi dovean servire; coloro che scientemente a- ,, vranno facilitato, o assistito l'autore o gli autori delle azioni ne' fatti ,, quali le avranno preparate, facilitate, o consumate ,, Discendendo quindi alla pena prescrisse l'articolo seguente. ,, I complici sa- ,, ranno puniti colle pene degli autori principali del reato; i com- ,, plici però designati nei numeri 3.° e 4.° dell' articolo precedente ,, saranno puniti con uno a due gradi meno, solamente quando ,, nella scienza del reato la loro cooperazione non sia stata tale che ,, senza di essa il reato non sarebbe stato commesso: salvi sempre ,, i casi nei quali la legge abbia diversamente disposto ,,

Particolarmente poi pei ricettatori, si legge nell' art. 458: *,, Coloro che scientemente avranno ricettato in tutto o in parte cose ,, involate, distornate, o ottenute per mezzo di un reato, saranno ,, puniti con la reclusione se il reato porta alla pena dei ferri, o ,, ad una pena maggiore; ma se il detto reato porta alla reclusione ,, o a pena minore, questa pena sarà applicata a' ricettatori, di- ,, minuita di un grado: salve però le pene più gravi ne' casi di ,, complicità.*

Finalmente furon scritte fra le pene di polizia quella dovuta a coloro che ritrovino cose che sanno non appartener loro, e non ne facciano denunzia fra tre giorni all'autorità locale. Un' ammenda non minore della cosa rinvenuta nè maggiore del doppio è quella ad essi inflitta.

desimi (120), sia da tutti quelli che vi hanno interesse, sia benanche dal ministero pubblico, si rimuove (121) nulladimeno in due casi: primieramente allorchè sono scorsi sei mesi senza richiamo, dopo che i conjugi o quello che non aveva l' età competente l'hanno compita; in secondo luogo la nullità non può essere domandata, quand' anche i sei mesi non fossero ancora trascorsi, ove si tratti della donna che non fosse giunta all' età

184

---

questa distinzione, poichè la moglie di Maillard era maritata all' epoca del commercio ch' essa aveva avuto col signor la Boissiere (*a*).

Nota. Siccome la legge anticamente considerava il matrimonio non solo come un atto civile, ma benanche come un atto religioso, essa riconosceva de' matrimonj come validi nel foro interno, senza però conceder loro gli effetti civili. Tali erano:

1.° I matrimonj contratti dai morti civilmente;

2.° I clandestini, cioè tenuti nascosti fino alla morte di uno de' conjugi.

E 3.° quei che erano stati contratti *in extremis*, cioè ad un' epoca in cui uno de' conjugi era afflitto da qualche malattia che dovea sollecitamente condurlo al sepolcro, e che effettivamente ne fosse morto.

Il matrimonio non essendo più considerato nel Codice sotto il rapporto religioso, tutte queste distinzioni non debbono aver più luogo.

(120) Potrebbe mai esserla dal conjuge che ha l' età competente? Io non lo penso (argomento tratto dall' art. 186 † T).

(121) Si dice una nullità rimossa o coverta quando non può esser invocata.

(*a*) " *Tuttocchè sembri ingegnoso l' argomento del sig.* Delvincourt *(sono pure parole de' sig. annotatori di* Toullier, *l. c. pag.* 302 *nota* 2), *pur nondimeno non sappiamo come possa sostenersi a fronte dell' espressioni dell' art.* 202 † 192, *il quale scolpitamente limita l' effetto della buona fede ai soli figli, che son frutti del matrimonio putativo. Sembra che la legge abbia voluto recare un favore al conjuge di buona fede, ed ai figli che sono nati sotto gli auspicj della buona fede medesima, e non al di là. Sarebbe un' arditezza spingere più innanzi il sentimento della legge* contra verborum tenorem ".

Ma dopo molto ragionare concludono finalmente così: " *Quindi potrebbe dirsi che la legittimazione in questo caso sia un effetto civile del matrimonio di buona fede, che giova ancora al conjuge medesimo, cui la legge espressamente ha spiegato di voler favorire*: sed amplius deliberandum ".

E ciò val meglio: attendiamo dunque le deliberazioni de' tribunali e delle corti che potranno istruirci su questa delicata quistione.

Quì prendiam congedo con sommo rincrescimento dagli esimii magistrati nostri concittadini che delle loro illustrazioni arricchirono il 1.° *vol. della prima edizione del* Toullier, *non andando più in là il lor lavoro. Da quì innanzi tutte le citazioni di questo au-*

competente (122), e che avesse concepito prima della scadenza dei sei mesi (123). Nè può egualmente essere invocata in verun caso dai parenti che hanno consentito (124) scientemente al matrimonio; 185 186

3.° La mancanza di pubblicità nell' atto della celebrazione; 191

4.° L' incompetenza dell' ufiziale pubblico innanzi al quale il matrimonio fu celebrato. ivi

Oltre la nullità del matrimonio che queste due ultime cagioni possono produrre, esse danno ancor luogo a pene pecuniarie eguali a quelle stabilite per la mancanza di pubblicazioni; vale a dire un' ammenda di trecento franchi al più contro l' ufiziale pubblico che ha celebrato; e contro le parti contraenti o coloro sotto l' autorità dei quali esse hanno operato, un' ammenda proporzionata alle lor facoltà.

In queste pene possono incorrere i delinquenti ancorchè la nullità del matrimonio non avesse luogo (125). 193

Abbiam detto che queste diverse nullità potevano

---

(122) *Quid*, se la donna abbia l' età competente, che il marito non l' abbia, e ch' essa divenga incinta?

Non ne risulterà certamente eccezion d' irrecettibilità. Benchè in generale il delitto non si presume, nulladimeno si è creduto che non bisognasse procurare alla donna che ha contratto un matrimonio illegale un mezzo di farlo mantenere per via di un commercio criminoso con altri che con suo marito.

(123) Tanto maggiormente se la donna avesse concepito prima di avere l' età prescritta. Questa nullità essendo principalmente fondata sulla mancanza della pubertà, tosto che la pruova materiale della pubertà esiste, la nullità non può esser più domandata da chicchessia.

(124) Io credo che bisogna intendere con ciò coloro il di cui consenso era necessario, e che lo hanno dato. In fatti si può loro rimproverare di essere stati complici, poichè se eglino non avessero acconsentito, il matrimonio non avrebbe avuto luogo. Questa ragione non si applica a coloro il consenso de' quali non era richiesto.

(125) Non è già che queste cause di nullità non siano radicali, ma perchè è possibile, come dicemmo, che i giudici senza pronunziare sul merito, si appiglino ad una eccezione d'inammissibilità, per es., se la nullità è richiesta dai discendenti o da collaterali che non abbiano interesse già esistente ed attuale.

tore, de' lumi de' quali continueremo a profittare, saran fatte sulla terza edizione francese e senza più occuparci della traduzione napolitana da altri proseguita.

essere invocate da tutti coloro che ne hanno interesse: bisogna qui intendere un interesse preesistente ed attuale; il che suppone che i collaterali ed anche i figli di un altro matrimonio non possono intentar l'azione viventi ancora i due conjugi, poichè in fatti è possibile che costoro non abbiano interesse a far dichiarare la nul-
187 lità del matrimonio (126).

Questa restrizione non è da applicarsi al conjuge in pregiudizio del quale un secondo matrimonio è stato contratto, poichè vi ha egli effettivamente sempre interesse.
188 Può quindi attaccar di nullità il secondo matrimonio, vivente il conjuge ch' ei pretende seco impegnato; ma se quest' ultimo sostiene al contrario che il primo matrimonio è quello ch' è nullo, allora, siccome la nullità del secondo è subordinata alla validità del primo, è chiaro che
189 bisogna preventivamente giudicare di questa validità (127).

---

(126) Per esempio, se siano i parenti del marito che reclamano, si opporrà loro esser possibile che la donna muoja senza figli, o che in conseguenza essi non abbiano interesse alcuno ad impugnare il matrimonio.

Quid, se si trattasse di un matrimonio contro i costumi, come per bigamia o incesto? La proibizione fatta ai collaterali coll' art. 187 † T è generale. Ma il ministero pubblico può e deve domandarne la nullità. (art. 190).

Quid, riguardo agli ascendenti? Sembra che in tutti i casi essi possano domandare la nullità, quand'anche non vi avessero interesse alcuno. Dapprima essi non sono punto compresi nella proibizione espressa dall' art. 187. In secondo luogo, l' art. 191 † T distingue formalmente gli ascendenti da coloro che hanno bisogno di avere un interesse esistente ed attuale per reclamare. È questa la conseguenza del sistema in virtù del quale gli ascendenti sono sempre riputati mossi da un sentimento di benevolenza e da un interesse di affezione, ed esercitano, come dice l' oratore del governo, una specie di magistratura domestica.

(127) Non bisogna da ciò conchiudere che si possa legalmente contrarre un secondo matrimonio, qualora il primo è nullo, senza averne fatto pronunciare la nullità. Comunque evidente essa fosse, l' ufficiale dello stato civile può e deve ricusare il suo ministero finchè non se gli presenti una sentenza, la quale abbia dichiarato nullo il primo matrimonio. Ma qui si è precisamente come nel caso del matrimonio del conjuge dell' assente. Se l' ufficiale pubblico, ingannato dalle parti, o con esse di concerto ha celebrato il secondo matrimonio, è evidente che prima di pronunciarne la nullità, si dee decidere sulla validità del primo (*a*).

(*a*) *Vedi ciò che aggiungeremo su di ciò colle parole del sig.* Toullier *nelle oss. sez. r.*

*

Quanto al ministero pubblico, il suo intervento non è di obbligo che nei casi in cui l'ordine della natura o della società è violato; tali sono quelli di mancanza di età, di parentela in grado proibito, o di primo matrimonio esistente. In queste tre circostanze adunque esso dee (128), salvo ancora i casi di eccezione di cui abbia-

---

Riflettete che la nullità risultante dal legame di un primo matrimonio non può essere coverta da alcun intervallo di tempo, da alcuna ratifica, da alcun atto posteriore. Dal momento ch' è provato ch' esisteva il primo matrimonio allor quando fu contratto il secondo, questo è nullo, quand' anche il primo si trovasse sciolto allora che la nullità viene richiesta; la sola differenza che potrebbe risultare dallo scioglimento del primo matrimonio, sopravvenuto durante il secondo, è relativa ai figli, e non può aver luogo che allora quando le due parti sono in mala fede. I figli nati mentre sussisteva il primo matrimonio sono bastardi adulterini. Gli altri sono semplicemente naturali.

(128) *Può e dee*, dice l' art. 190 † T. Si è anche deciso e con ragione a Bruxelles il 1 agosto 1808, che il ministero pubblico poteva agire per via di azione quando si trattasse di prevenire un matrimonio della specie di quelli di cui a' termini del detto articolo egli deve domandar la nullità. (Sirey, 1808, 2. par. pag. 273).

Nel caso un marito vedovo voleva sposare la sorella di sua moglie non ostante la proibizione stabilita dall' art. 162 † 160. Per giugnere al suo intento, aveva immaginato di concerto col padre della prima moglie, il quale era assente ed emigrato all' epoca del primo matrimonio, di far domandare da quest' ultimo la nullità di esso, sotto il pretesto di mancanza di consenso. Una prima sentenza resa d' accordo colle parti aveva pronunciata la nullità, ed il termine per appellarsi andava a terminare, allorchè il procurator generale portò l' appello. Si sostenne che non fosse ammessibile: primo perchè il dritto di appellare non gli veniva conceduto da veruna legge, e poi perchè il procuratore regio era stato d' avviso per la nullità in prima istanza, e che il pubblico ministero essendo indivisibile, egli non poteva appellarsi d' una sentenza resa conforme alle sue conclusioni. Ma la corte di Bruxelles giudicò con ragione, che l' azione della legge nel pubblico ministero appartiene tanto al procuratore del re che al procuratore generale, ciascuno pel suo dritto, e secondo la natura e lo stato dell' affare che ne provoca l' esercizio; ed inoltre, poichè il pubblico ministero ha il dritto in alcuni casi di far annullare il matrimonio dopo che sia stato contratto, dee avere tanto maggiormente quello d' impedire la riuscita de' mezzi fraudolenti che si vorrebbero prendere a pervenirvi.

La contraria dottrina venne stabilita dalla corte di cassazione co' suoi arresti del 1 agosto 1820, e 5 marzo 1821, i quali decisero formalmente, che il ministero pubblico non avrebbe dritto di agire colla via di azione se non nel caso in cui ciò gli fosse espressamente permesso dalla legge; che questa gli dava certamente in alcuni casi il

mo parlato (129), domandare la nullità del matrimonio vivendo ambi i consorti (130) e farli condannare a se-
190 pararsi.

In tutti gli altri casi in cui gli compete il dritto d' impugnare il matrimonio, è una facoltà ch' egli esercita (131) e non una obbligazione che gli è imposta. Non dee dunque farlo che discretamente, e sol quando vi ab-
191 bia pubblico scandalo.

Sezione ii.

Delle nullità relative.

Le nullità relative, come l' abbiam detto, son quelle che possono essere invocate da talune persone soltanto.

Vi sono tre cause di nullità relativa:

La prima è la mancanza di libertà. Essa non può esser proposta che dai conjugi, se entrambi furono co-
180 stretti, o da quello tra loro di cui non fu libero il consenso (132).

---

dritto di domandare la nullità di un matrimonio contratto contro i buoni costumi o l' ordine pubblico; ma che in niun luogo essa gli dava facoltà di domandare la validità d' un matrimonio ec „.

Queste decisioni possono essere effettivamente più conformi al rigore del dritto. Ma io non posso mantenermi intanto da fare osservare, che sarebbe a desiderarsi che venga dal legislatore accordata maggior latitudine all' azione del pubblico ministero. Così, per esempio, nella specie che si presentava innanti alla corte di Bruxelles, non era forse penoso che il ministero pubblico fosse rimasto spettatore indolente delle fraudolenti manovre, che aveano evidentemente per iscopo di far contrarre un matrimonio incestuoso? Veggasi di vantaggio in seguito la nota 73 al Titolo della *minore età, tutela* ec „.

(129) Allora quando la moglie che non aveva l' età competente abbia concepito; quando l' esistenza del primo conjuge non è certa, ec.

(130) Se uno de' due sia morto, non vi ha più luogo ad alcuno scandalo. Risulta di più dalla combinazione degli art. 184 † T., 187 † T., 190 † T., e 191 † T., che ne' casi ivi riferiti, il matrimonio può essere impugnato, cioè dai conjugi stessi e dagli ascendenti in ogni tempo, dal pubblico ministero soltanto finchè vivono i due conjugi, e dai collaterali solo quando vi hanno un interesse esistente ed attuale.

(131) *Può*, solamente, dice l' art. 191.

(132) Che qualità debbe avere la violenza per dar luogo alla nullità del matrimonio? Fa d' uopo ch' essa abbia i caratteri nell' art. 1112 †

Osservate che secondo il dritto attuale può esservi ratto in due modi:

1.° Per frode o violenza. Se la fanciulla così rapita ha meno di sedici anni compiuti, la pena pel rapitore è quella de' lavori forzati a tempo. (Cod. pen. art. 355, 337.) Se ha più di sedici anni, e meno di ventuno, la pena è la reclusione (*ivi* 354, 336) (133).

1066 descritti, cioè che sia di natura tale da fare impressione su di una persona ragionevole, e che inspiri il timore di esporre la sua persona o la sua fortuna ad un male considerabile e presente.

Fa d' uopo altresì che questo timore sia d' una cosa contraria alle leggi o ai buoni costumi, *adversus bonos mores*, dice la legge 8. §. 1 ff. *Quod metus causa*. Se dunque un debitore soggetto all' arresto personale contraesse un matrimonio per evitare gli effetti delle condanne, il matrimonio non potrebbe essere impugnato. In questo caso vi ha senza dubbio una specie di violenza, ma non è *adversus bonos mores*.

Del resto in tutte queste circostanze è di evidenza che bisogna aver riguardo all' età, al sesso, ed alla condizione delle persone (art. 1112.) La stessa cosa non inspira certamente un ugual timore al giovane o alla donzella, alla donna di trent' anni od alla giovanetta di sedici, ad una donna del popolo o ad una fanciulla che abbia ricevuta accurata educazione (*a*).

Il timore rispettoso, cioè il timore di dispiacere ai proprj genitori o ascendenti, non basta per annullare il matrimonio, se non siasi d' altronde esercitata altra violenza.

Allorchè la violenza è di natura a portar seco la nullità, non è necessario ch' essa abbia avuto luogo sulla stessa parte contraente: basta solo che sia stata usata su i di lui discendenti, o ascendenti. (1113 † 1067). La viva affezione che si presume aversi per tali persone, fa sì che noi ci sentiamo penetrati dagli avvenimenti che loro sopraggiungono, come se fossero a noi stessi sopravvenuti.

(133) *Quid*, se la persona fugata abbia più di 21 anni? In tal caso si applicheranno secondo le circostanze gli art. 331, 341, o 344 del Codice penale (*b*).

(*a*) *Noi abbiamo aggiunto col dritto canonico l'altra condizione di dover il timore o la violenza aver per oggetto il matrimonio, oss. sez. v. Questo pure è il sentimento di* TOULLIER *l. c. num.* 508. " *Infine è necessario che la violenza abbia direttamente il matrimonio ,, per oggetto. Per esempio un vicino potente e soverchiatore vi minaccia alla vita; per placarlo voi gli fate offrire la mano di vostra figlia, la quale consente a sposarlo per lo timore ch' ella ha ,, concepito della vostra vita; il matrimonio in questa ipotesi non ,, sarebbe nullo, perciocchè le minacce e le violenze non aveano per ,, oggetto di costringere vostra figlia ad un tal matrimonio. V.* BOHEMERO, *V.* jus eccles. potest. in tit. de spons. §. 39.

(*b*) *L' art.* 331 *punisce colla reclusione chiunque abbia commesso stupro violento, o sia colpevole di qualunque altro attentato al pu-*

2.° Se la fanciulla minore di sedici anni acconsente al ratto, o pure seguì volontaria il rapitore, questi è punito coi lavori forzati a tempo, se nell'epoca del ratto era maggiore di ventun anni; e colla prigionia di due a cinque anni, se a tale età non era peranco pervenuto. (*ivi*, art. 356, *337*)

Se però il rapitore sposò la rapita, non può in verun caso essere perseguitato; tranne che in forza della querela delle persone le quali han dritto a domandare la nullità del matrimonio; nè può esser condannato se non dopo che tal nullità è stata giudicata. (*ivi*, art. 357, *338*).

La seconda causa di nullità relativa, è l'errore in

dore, consumato o tentato con violenza contro gl' individui dell' uno o dell' altro sesso.

L' art. 341 *punisce co' lavori forzati a tempo coloro che senz'ordine delle autorità costituite e fuori de' casi dalla legge previsti, avessero arrestato, detenuto,* o sequestrato *qualsisieno persone; egualmente che quegli che abbia prestato il luogo per eseguire la detenzione, o il sequestro.*

L' art. 344 *finalmente punisce di morte i colpevoli che avessero sottoposto l' arrestato a tormenti di corpo.*

Ben diversamente, ma con maggiore esattezza e più giusta proporzione questi stessi misfatti sono stati previsti e puniti nelle nostre Leggi penali. Lo stupro violento vi è considerato ne' casi che fosse o consumato, o mancato, o semplicemente tentato. L' errore della legislazione francese nel punire egualmente il misfatto consumato ed il tentato venne in tutti gli aspetti fatto palese nel citato Saggio sulla giurisp. pen. del Regno, *a pag.* 80 *e seg. e queste vedute non furono trascurate nella compilazione delle nuove leggi. Venne perciò punito lo stupro violento consumato, colla reclusione (art.* 333 *); quello mancato, col terzo grado di prigionia (art.* 334 *); quello semplicemente tentato, col primo al secondo grado di prigionia (art.* 335*); e con giudiziosa avvertenza vennero nell' art.* 339 *indicati i casi ne' quali la legge presume di dritto la violenza non men nello stupro che in qualunque altro attentato al pudore.*

Agli altri due cennati articoli del Codice penale francese corrispondono gli art. 169 *e* 171 *delle nostre Leggi penali: infligge il primo nel caso stesso preveduto dall' art.* 341 *il primo grado dei ferri nel presidio: ed il secondo la pena del quarto grado de' ferri, se concorrendo nell' arresto o nel sequestro una delle circostanze aggravanti previste nell' art.* 170, *le offese sull' arrestato o sequestrato commesse fosser di quelle che costituiscono un misfatto, o fossero state eseguite con tormenti di corpo.*

quanto alla persona (134). Il matrimonio non può essere egualmente impugnato in questo caso che da quello degli sposi il quale fu indotto in errore (135). 180

---

(134) Per esempio, se io ho intenzione di sposar *Maria* e che in suo luogo mi si faccia sposar Sofia. L' errore su altri punti, per quanto importanti che siano, non può *stricto jure* fare annullare il matrimonio.

Ho detto *stricto jure*, poichè può accadere che l' errore sulla qualità porti l' errore sulla persona. Infatti, se volendo sposare la figlia di tale individuo da me non conosciuto, mi si fa sposare un' altra donna che si dice esser quella figlia, io potrei secondo le circostanze domandar la nullità del matrimonio. Può dirsi che in questo caso l' errore sulla qualità porta seco l' errore sulla persona.

Noi diciamo: *secondo le circostanze*: perchè primieramente può accadere che la qualità di figlia di un tale o di tal altro, non abbia avuta che una leggiera influenza sulla mia scelta; ed è allora una quistione di fatto che rientra nel demanio del giudice. Del pari, se la donna era nell' epoca del matrimonio in possesso dello stato che io ho creduto essere il suo, e di cui venisse in seguito ad essere spogliata, io non penso che per tal motivo possa domandarsi la nullità del matrimonio.

Una sentenza di Colmar del 6 settembre 1811 (SIREY, 1812, 2. par. pag. 89) decise che l' errore di una donna cattolica, che aveva sposato di buona fede un monaco professo, era sufficiente per annullare il matrimonio; questa sentenza è moralissima. La legislazione non dee giammai porre i giudicabili fra il loro dovere legale e la propria coscienza.

L' art. 181 † T dice che la coabitazione non impedisce di produrre la domanda di nullità, a meno che non abbia continuato per sei mesi. Ma se mai nasce un figlio da questa coabitazione, quantunque minore di sei mesi, quale sarà il suo stato? Egli sarà legittimo. Il conjuge indotto in errore è di buona fede; colui ch'è violentato anche partecipa dello stesso favore.

(135) Deesi forse conchiudere da ciò, che gli ascendenti non avrebbero il dritto d' impugnare il matrimonio contratto per errore, o per violenza? No senza dubbio; In fatti, nel caso di errore, o sono stati essi stessi ingannati, o no. Se essi non sono stati ingannati, e che nulladimeno abbiano accordato il loro consenso, sono inammissibili ad impugnare il matrimonio. (Argomento tratto dall' art. 186 † T). Se poi siano stati ingannati, il loro consenso essendo fondato sopra di un errore, è nullo (art. 1109 † 1060), ed in conseguenza essi possono impugnare il matrimonio per mancanza di consenso. Simile distinzione pel caso di violenza. Se essi hanno liberamente consentito, non possono reclamare. Se la violenza ha avuto parimenti luogo riguardo ad essi, il di loro consenso è nullo, e possono impugnare il matrimonio per mancanza di consenso. Saranno dunque obbligati di avvalersi, come lo sposo, del motivo dell' errore o della violenza per far annullare il loro consenso e per conseguenza il matrimonio. Ma vi sarà questo divario, che relativamente a quegli, l' azione si prescrive con sei mesi, mentre riguardo a questi non sarà prescritta che con un anno.

Queste due nullità si rimuovono d'altronde se vi sia stata coabitazione continua per sei mesi (136), dacchè la 181 libertà fu acquistata, o riconosciuto l'errore.

La terza causa è la mancanza di consenso de' parenti (137) ne' casi in cui è prescritto. Questa causa non può essere invocata che da coloro il di cui consenso era 182 necessario (138), o da quello de' due conjugi che di tal consenso abbisognava (139). I primi non sono ammessibili

---

(136) *Quid*, se lo sposo violentato o ingannato sia morto prima del termine di sei mesi, e senza aver reclamato, i suoi eredi avrebbero il dritto d'impugnare il matrimonio? Io non lo credo. Non si può sapere se lo sposo avrebbe reclamato; e nel dubbio il favore del matrimonio dee prevalere.

Quid, se sopravvenga una gravidanza prima del termine di sei mesi, ma posteriormente alla scoverta dell'errore, o alla cessazione della violenza? Si era proposto di ammettere questo fatto come eccezione d'inammessibilità. Ma ciò fu rigettato, e con ragione. Se la donna sia attrice, è possibile che il timore dei cattivi trattamenti l'abbia obbligata a coabitare col marito, perchè questi non sospettasse la domanda ch'ella avea l'intenzione di produrre. Se sia poi il marito; non bisogna somministrare alla donna un mezzo certo da paralizzare l'azione del medesimo con una gravidanza che può essere il frutto del delitto.

(137) Per queste parole bisogna intendere gli ascendenti, oppure il consiglio di famiglia in di loro mancanza.

(138) *Quid*, se lo sposo, in mancanza di ascendenti, avesse in conseguenza bisogno del consenso del consiglio di famiglia, la nullità potrebbe esser richiesta da ciascun di coloro che avrebbero dovuto comporlo? No; la legge non esige affatto in questo caso il consenso di tale o tale individuo, ma vuole quello dell'essere morale, cioè del corpo chiamato *consiglio di famiglia*. La nullità dunque non può domandarsi che in virtù di una deliberazione di questo consiglio, presa a maggioranza assoluta di voti, e sarà prodotta dalla persona che il consiglio avrà incaricata, sia il tutore o qualunque altro.

(139) Ciò che pruova che il consenso de' genitori vien richiesto non solo *propter reverentiam*, ma per l'interesse ancora de' minori. Si dirà forse, che quando lo sposo si è liberamente maritato, è egli stesso colpevole di non aver ottenuto il consenso della sua famiglia, e che in questo caso egli non può esser ammesso ad allegare la sua propria colpa. Era questa anche anticamente l'opinione comune; ma si è creduto che se la legge dichiara i minori incapaci di consentire da se stessi al di loro matrimonio, è perchè li conosce più deboli, e più facili ad esser sedotti. Essa dee adunque loro accordare il beneficio di restituzione contro il consenso che la seduzione avrà potuto loro strappare; e la seduzione si presume tutte le volte che gli ascendenti o la famiglia non abbiano acconsentito.

Quid, se il figlio naturale minore e non riconosciuto, o essendo

se hanno espressamente o tacitamente approvato il matrimonio.

L' approvazione tacita risulta: 1.° dal silenzio serbato da essi durante un anno dacchè ebbero cognizione del matrimonio (140); 2.° da fatti da loro emanati e che possono far supporre l' approvazione (141). 183

Il conjuge è del pari non ammissibile; in prima allorchè il suo matrimonio è stato espressamente o tacitamente ap-

---

privo de' suoi genitori, siasi maritato senza il consenso di un tutore *ad hoc*, come sta prescritto all' art. 109 † 114? È evidente che in questo caso la domanda di nullità non può esser prodotta che da lui.

(140) *Quid*, se prima della fine di tal anno, lo sposo ha acquistato l' età maggiore richiesta pel matrimonio? Io non credo che ciò possa impedire il reclamo degli ascendenti. La legge che esige il loro consenso è stata violata; ciò basta per dar loro il dritto d' impugnare il matrimonio. Se dopo il giudizio, lo sposo persiste nella sua scelta, egli potrà senza dubbio contrarre una nuova unione con la stessa persona, ma sarà obbligato puranche a fare gli atti rispettosi richiesti. L' art. 183 † T pareva che in qualche modo avesse favorito questa opinione. Di fatti, dopo aver detto che l' azione non può più essere intentata *nè dai conjugi nè dai genitori*, qualora questi hanno approvato espressamente o tacitamente il matrimonio, aggiunge: *essa non può essere neppure proposta dallo sposo* (non dice *nè dagli ascendenti*), *allorquando sia trascorso un anno senza suo reclamo dopo ch' è giunto all' età competente per acconsentire da se stesso al matrimonio.* Or poichè dopo aver detto che in un caso l' azione non può essere prodotta dallo sposo nè dai genitori, l' art. aggiunge che in un altro caso essa non può essere più intentata dallo sposo, senza aggiungere *nè dai genitori*, ciò è lo stesso certamente che riservare a costoro il dritto d' intentarla nel secondo caso. Or in questo appunto si tratta del figlio giunto all' età maggiore richiesta pel matrimonio; dunque anche dopo questa maggior' età del figlio, i genitori possono impugnare il matrimonio, purchè non l' abbiano o espressamente o tacitamente approvato.

Quid, se l' ascendente che aveva dritto di domandare la nullità è morto senza domandarla, ma essendo ancora in tempo utile per farlo e senza avere approvato il matrimonio? Io credo che in questo caso il matrimonio non può più essere impugnato che dallo sposo che aveva bisogno del consenso. Applicate qui il principio stabilito nella precedente nota 136, pag. 73.

Quid, se sia al contrario morto lo sposo che abbia bisogno di questo consenso? Io stimo che finchè non sia il termine spirato, la nullità può esser richiesta sia dagli ascendenti, sia dal consiglio di famiglia, ciascuno secondo il suo dritto.

(141) Per modo di esempio, il padre che scientemente riceve in sua casa la moglie del figlio, e che la tratta come sua nuora, ec., si presume aver approvato il matrimonio..

provato da coloro il di cui consenso era necessario (142); ed inoltre quando è scorso un anno senza richiamo dalla sua parte dal punto in cui pervenne all' età competente per acconsentire da se stesso al matrimonio (143).

---

(142) Il consenso degli ascendenti esclude ogn' idea di seduzione esercitata sul minore.

Quid, ove questo consenso non intervenga se non dopo che la domanda di nullità sia stata intentata dallo sposo? Io immagino che finchè non esista una sentenza passata in giudicato la quale abbia dichiarato nullo il matrimonio, il consenso degli ascendenti forma un eccezione d' inammissibilità insormontabile, che dee far rigettare la domanda dello sposo; poichè a qual titolo e per qual mezzo si annullerebbe, sia in prima istanza, sia nell'appello, un matrimonio che grazie al consenso degli ascendenti si trova purgato della sola irregolarità che poteva renderlo attaccabile? Nè osta che la sentenza dee avere in generale un effetto retroattivo al momento della domanda. (L. 20 ff. *de rei vindicat.*) Poichè ciò non è vero a rigore che negli affari i quali possono esser decisi col solo consenso delle parti; ed è effettivamente a questo solo caso da applicar la legge citata, in cui è quistione della revindica di una cosa, ed ove si decide che se l'attore guadagna la lite, debb' esser posto nello stesso stato, ed ottenere tutto ciò ch' avrebbe avuto, se la cosa gli fosse stata restituita nel momento della domanda; ciò ch' è giusto: mentre essendo la sua domanda fondata, il reo convenuto ebbe torto di contrastarla, e la sua mal poggiata opposizione non può nè giovare a se, nè recar pregiudizio all' attore. Non è però qui lo stesso. La nullità di un matrimonio è d' ordine pubblico. Il consenso del reo convenuto non sarebbe di alcun peso, e non potrebbe in verun caso dispensare dal ricorrere ad un giudizio. Non vi ha dunque luogo di applicare la disposizione della citata legge.

(143) Qual' è quest' età? Non vi ha dubbio che sia quella di ventun anni per le donzelle. Ma è l' età di 21 anni, o di 25 pei maschi? Onde decidere tal questione, conviene entrare in qualche particolarità.

Noi abbiamo osservato in una nota precedente, che il dritto di domandare la nullità per mancanza del consenso de' genitori, viene accordato anche allo sposo i di cui genitori non siano stati consultati, poichè la legge in questo caso lo presume sedotto a cagione della debolezza della sua età, e lo restituisce in conseguenza contro il consenso che si suppone essergli stato estorto in qualche maniera. Ma può ciò applicarsi ad un giovane maritato dopo 21 anni? Io non lo credo, e mi fondo sul principio che essendo privo di ascendenti, avrebbe potuto validamente maritarsi senza il consenso di chicchessia. Or l' esistenza o l' inesistenza degli ascendenti non può avere alcuna influenza sulla sua capacità. Se, da che egli ha 21 anni, la legge lo dispensa dall' obbligo di ottenere il consenso del consiglio di famiglia, è perchè suppone in lui l' intendimento necessario per fare una convenevole scelta. Or egli lo avrebbe del pari quand' anche tenesse ascendenti. Se adunque si pretende ancora dopo i 21 anni il consenso di questi ultimi, ciò è unicamente in questo caso *propter reverentiam*. Io ne conchiuderei quindi

CAPITOLO IV.

DEGLI EFFETTI DEL MATRIMONIO.

Gli effetti del matrimonio sono relativi:
1.° Ai dritti e doveri rispettivi de' conjugi;
2.° Allo stato de' figli;
3.° Ai dritti ed obblighi rispettivi de'genitori e de'figli.

Sezione prima.

Degli effetti del matrimonio relativi ai dritti e doveri de' conjugi tra loro.

Questi effetti potendo incontrare importantissime modificazioni nel caso di separazione personale, divideremo la presente sezione in due paragrafi, il primo de' quali farà conoscere i dritti e doveri rispettivi de'conjugi nello stato ordinario delle cose, ed il secondo tratterà della separazione personale e de' suoi effetti.

§. I.

Dei dritti e doveri dei conjugi.

In primo luogo, i conjugi si debbono reciprocamente fedeltà (144), soccorso (145), assistenza (146). 212 201

---

che se il giovane maritato senza consenso de'suoi ascendenti aveva al momento del matrimonio 21 anni già compiti, egli non può reclamare contro il suo matrimonio; e che se sia prima di questo termine maritato, non potrà neanche più reclamare se avrà lasciato passare un anno senza reclamo da che sarà giunto al ventunesimo anno. È così che sembrami dovers' intendere queste parole: *L' età competente per acconsentire da per se stesso al matrimonio.*

Osservate che se lo sposo ha ratificato il suo matrimonio espressamente o tacitamente dopo la sua maggior età, egli non è ammessibile ad impugnarlo, benchè non sia decorso ancora il termine di un anno. Se dunque, essendo maggiore, egli ha continuato a coabitare con la sua sposa, non può esser ammesso a reclamare.

(144) Il che esclude ogni commercio adulterino.

(145) S' intende con ciò l'obbligo di contribuire ai pesi del matrimonio, ed in caso di necessità, anche coi beni il godimento dei quali dietro le convenzioni matrimoniali non sia stato messo in comune (art. 1448 † 1412, 1537 † T e 1575 † 1388).

(146) Così, le infermità, le disgrazie, e gli accidenti che sopravvengo ad uno de' conjugi, una malattia contagiosa, non possono auto-

213 Secondariamente il marito dee protezione alla mo-
202 glie, e la moglie ubbidienza al marito.

Risulta da quest' ultima disposizione primieramente: che la moglie è obbligata ad abitar col marito (147) ed

---

rizzare una domanda di separazione di abitazione. *Quid enim*, dice Ulpiano, *tam humanum est quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?* (L. 22 §. 7 ff. *Solut. Matrim.*). Non vi ha che il misfatto, o i cattivi trattamenti che possano convalidare una domanda di separazione.

(147) La donna può esser costretta coll' arresto personale all' esecuzione di quest' obbligo? Così è stato deciso in più tribunali, e specialmente a Parigi. Nulladimeno io non posso essere a parte di siffatta opinione. Si conviene che si tratta qui dell' eseguimento di un obbligo: or il giudice può egli pronunciare l' arresto personale per l'esecuzione di un obbligo qualunque, fuori de'casi particolarmente enunciati dalla legge? Un tal dritto gli è espressamente vietato dall'art. 2063 † T. Or dov'è mai la disposizione della legge che permetta di pronunciare l' arresto personale contro la moglie per obbligarla ad abitar col marito? E d' altronde nei casi ordinarj qual è mai l' effetto dell' arresto personale? Quello di ritenere il debitore in prigione fino a che abbia soddisfatto il debito, o eseguita la sua obbligazione. Or potrebbe ciò aver luogo in questo caso? L' obbligo della moglie si prolunga durante tutto il matrimonio; in ogni momento si rinnova. Allorchè il marito avrà costretta la moglie di ritornare al comune domicilio, la riterrà egli in una prigione privata? L' ordine pubblico si oppone ad accordargliene il dritto. La moglie potrà dunque abbandonare ancora la casa conjugale. Quindi l' oggetto dell' arresto personale qui totalmente è mancato (*a*).

Da alcuni insistendo si dice: se non s' impiega l'arresto personale, ne segue che l' obbligazione imposta alla moglie è nulla; poichè siccome non vi ha altro mezzo per costringerla ad eseguirla, se il marito non può adoperarlo, la moglie potrà impunemente infrangere la legge che le impone di risedere nel domicilio comune.

A ciò si può rispondere sulle prime, che anche supposto esatto questo ragionamento, tutto al più non altro proverebbe che l' insufficienza della legge, e non la necessità di estendere contro le disposi-

(*a*) *Quando il marito è ricorso ai tribunali per obbligare sua moglie a seguirlo nel di lui domicilio, non basta che i giudici facciano semplicemente degli* ordini *alla moglie, ma debbono accordar al marito i mezzi coattivi; come la facoltà di far condurre sua moglie da un usciere del domicilio comune ec. — Corte di Pau*, 12 *aprile* 1810; Sirey, 10, 2, 241. — *Aggiunsero le Corti di Parigi nel* 29 *maggio* 1808, *e di Torino nel* 17 *luglio* 1810, *potersi dal marito costringere colla forza la moglie a venire ad abitare con lui*; ivi, 8, 2, 199 *e* 12, 2, 414; *e quella di Colmar nel* 4 *gennajo* 1817 *che quando la coazione personale non basta per ottenere che la moglie rientri nel domicilio maritale, è permesso ai tribunali di aggiungere un nuovo mezzo di coazione, purchè non sia in se stesso ributtato dalla legge o dai costumi.* — Ivi, 18, 2, 123.

zioni formali del Codice una disposizione così odiosa, com'è l'arresto personale. Si aggiungerà che il marito ha un altro mezzo per obbligare la moglie di venire ad abitare con lui; ed è di privarla di ogni soccorso, e s'essa si conduce male, di farla punire conforme alle leggi del Codice civile, o alle prescrizioni degli articoli 336 e seguenti del Codice penale (*a*). Egli è vero che la moglie può esser separata di beni, ed avere il dritto in conseguenza di ricevere le sue rendite; ma io non veggo nulla che si opponga perchè il marito ottenga un permesso dal giudice d'impedirle le sue rendite. Ciò non è formalmente espresso nella legge; ma l'art. 2093 † 1963 porta in generale che i beni di un individuo sono la guarentigia dell'esecuzione de'suoi obblighi: e d'altronde se si è giunto finanche a pretendere che si potesse dar luogo contro la moglie all'arresto personale, quando ciò è proibito formalmente dalla legge, si dev'essere molto meno scrupoloso per accordare al marito il dritto di sequestrare le di lei rendite. Fu giudicato in quest'ultimo senso a Riom il 13 agosto 1810. (SIREY, 1813, seconda parte pag. 239) ed a Tolosa nel 24 agosto 1818 (SIREY, 1821, 2. parte, p. 249).

Nota. Si è deciso bene spesso, e specialmente dalla Corte di Parigi nel 19 aprile 1817 (*Ivi*, 1818, parte seconda, pag. 63), che il marito non poteva pretendere l'esecuzione di questa disposizione, nè costringere sua moglie a venire ad abitar con lui, se non quando avea egli stesso un domicilio, ed un mobiglio convenieute al suo stato (*b*).

(*a*) *Gli art.* 336 *e seg. citati dall'autore sono così concepiti nel Codice penale francese.*

Art. 336. " *L'adulterio della moglie non potrà esser denunziato* ,, *se non dal marito. Questa stessa facoltà cesserà se egli si trova* ,, *nel caso preveduto nell'art.* 339 ,,. *Vale a dire s'egli mantenga una concubina nella casa conjugale: circostanza che si è soppressa nell'art.* 326 *nelle nostre Leggi penali; e di cui non sapremmo indicare altro plausibile motivo se non quello di non far rimanere impunito e con pubblico scandalo questo duplice adulterio. Pure in questo caso poteva tal facoltà accordarsi ad alcuno de' congiunti, o al pubblico ministero quando troppo notorio fosse lo scandalo.*

Art. 337 " *La moglie convinta d'adulterio soggiacerà alla pena* ,, *della prigionia per tre mesi almeno, o per due anni al più. — Il* ,, *marito potrà trattenere l'effetto di questa condanna se consenta di* ,, *riprender la moglie* ,,.

Art. 338. " *Il complice della moglie adultera sarà punito colla* ,, *prigionia per lo stesso spazio di tempo ed inoltre con un'ammenda* ,, *di cento a due mila franchi. — Le sole pruove che potranno es-* ,, *sere ammesse contro all'imputato di complicità, saranno oltre alla* ,, *flagranza del delitto, quelle che risultano da lettere o da altre* ,, *carte scritte dall'imputato* ,,.

Art. 339. " *Il marito che avrà mantenuta una concubina nella* ,, *casa conjugale, e che sarà stato convinto dietro la querela della* ,, *moglie, sarà punito con un'ammenda di cento a due mila franchi* ,,.

Noi riportiamo nelle osservazioni a questo Titolo ed alla sez. V *le corrispondenti disposizioni penali delle nostre leggi sull'adulterio.*

(*b*) *Lo stesso erasi ordinato dalla Corte di Parigi nel* 22 *pratile anno* XIII; SIREY, 6, 2, 15.

accompagnarlo ovunque ei giudica opportuno risedere (148); e che reciprocamente il marito è obbligato a riceverla, 214 ed a somministrarle il necessario in proporzione dello 203 stato e delle sostanze di lui (149);

2.° E che la moglie debb' essere da esso autorizzata per tutti gli atti tra vivi che può aver a fare.

Diciamo *tra vivi* perchè questa disposizione non si estende al dritto di testare che la moglie esercita senza 226 autorizzazione, dovendo il testamento essere l'espressione 215 pura e certa della volontà del solo testatore (150).

Ma la moglie non può in generale stare in giudizio (151), donare, alienare, ipotecare, acquistare

---

(148) Anche fuori del territorio francese. Ciò venne formalmente deciso nella discussione. Il progetto conteneva una disposizione che dispensava la moglie da questo dovere allorchè il marito aveva lasciato il territorio del regno per ogni altra causa che per missione del governo con obbligo di residenza. Questa giunta è stata troncata per la ragione che l'obbligazione della moglie di seguir il marito è generale e dee applicarsi a tutt'i casi.

(149) Un parere del Consiglio di stato approvato al dì 11 gennaro 1808 (*bull.* n.° 2937) autorizza il ministro della guerra ad ordinare, se vi ha luogo, la ritenuta di un terzo al più sulla pensione o soldo di riforma di ogni militare il quale non adempisse verso la consorte, o verso i figli, le obbligazioni che gli sono imposte dai cap. 5 e 6 del tit. *del matrimonio*, salvo il ricorso del marito al Consiglio di stato, commissione del contenzioso.

Quid, se il marito rifiuta di ricevere sua moglie? Egli debb'esser condannato a pagarle una pensione proporzionata al suo stato, ed alle sue facoltà. Così fu giudicato in Lione il 30 novembre 1811 (Sirey, 1812, 2. par. p. 63).

(150) *Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere* (L. 32 ff. *de hered. instit.*). E d'altronde il testamento non dee avere il suo effetto che dopo la morte della moglie, tempo in cui ella non è più sottoposta alla potestà conjugale (*a*).

(151) *Stare in judicio*. Comparire in una causa, formarne parte sia da attrice sia da rea convenuta. Ma riflettete che la moglie non è priva che del dritto di stare in giudizio, cioè di fare degli atti i quali debbano menare ad un giudizio. Io immagino dunque ch'ella possa fare sola e senz'autorizzazione tutti gli atti, anche del ministero degli uscieri, che a parlar propriamente non sono *atti giudiziarj*, come le proteste,

---

(*a*) *L'incapacità della moglie è un effetto della potestà maritale, la quale comincia dal momento del matrimonio, e finisce con esso. Le disposizioni testamentarie di costei non potendo aver luogo che dopo la sua morte, vale a dire dopo che l'unione conjugale è disciolta, non possono ledere le leggi di questa unione,* Toullier *L. cit. num.* 620 e 621.

le opposizioni (argom. tratto dall'art. 940 † 804). Ma in quanto a questi ultimi atti, siccome a'termini dell'art. 563 † 653 del Codice di procedura, l'opposizione è nulla quando non siasi denunciata negli otto giorni al debitore sequestrato con citazione per la validità del sequestro, egli è evidente che questa citazione essendo un atto giudiziario che dee condurre ad una sentenza, non può esser data che dalla moglie validamente autorizzata.

Osservate che quando una moglie è citata, il marito debb'essere messo in causa nel tempo stesso, sotto pena di nullità della citazione fatta alla moglie. Così fu deciso in Cassazione il 7 ottobre 1811 (*Giurispr. del Cod. civ.* tom. 18 p. 88), e'l 25 marzo 1812 (SIREY, 1812, 1 par. p. 317).

Una decisione ottenuta contro una donna maritata non autorizzata, può passare in cosa giudicata? No senza dubbio. Ma qual mezzo al ricorso ella avrebbe? Bisogna distinguere: poichè non vi è stata autorizzazione alcuna, tutta la procedura è nulla, e la notifica della sentenza lo è del pari. Se dunque si tratta di un giudizio di prima istanza, il termine dell'appello non è affatto decorso, e può prodursi dalla moglie debitamente autorizzata. Se si tratta di una sentenza in ultima istanza, la moglie può per la stessa ragione produrre ricorso per ritrattazione per violazione di forma richiesta sotto pena di nullità (Cod. di proc. art. 480 † 544 n.° 2). In quanto al marito o ai suoi eredi, essi potranno sempre formare opposizione di terzo al giudizio.

Nota. Con suo arresto del 7 agosto 1815 la Corte di cassazione giudicò che solo per ricorso in cassazione la moglie non autorizzata poteva impugnare la decisione emessa contro di lei in ultima istanza (SIREY, 1815, 1. par. p. 346). Veggasi anche il *Boll.* del 1817 n.° 13. Io penso a questo riguardo che bisogna distinguere: se la nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione fosse stata invocata, oppure opposta, e che il tribunale l'avesse trasandata, allora vi sarebbe certamente contravvenzione alla legge, e per conseguenza luogo a cassazione. Ma se la nullità non fosse stata nè invocata, nè opposta, vi sarebbe allora solamente violazione di forma, e per conseguenza luogo al ricorso per ritrattazione.

La quistione si farebbe più difficile se il marito non essendo comparso nel giudizio, la sentenza gli fosse stata malgrado ciò notificata. Io credo nulladimeno che le stesse decisioni debbano aver luogo. La notifica di una sentenza fatta a colui che non n'è stato parte è un atto nullo, che non può avere alcun effetto nè far decorrere alcun termine. È d'uopo adunque trattar l'affare come se questa notifica non avesse avuta mai luogo.

Quid, se una donna che abbia una lite si mariti? Bisogna distinguere. Se la causa è in grado di decisione, la sentenza non può esser differita (Cod. di proc. art. 342 † 436). La causa è in grado di decisione, quando le aringhe sono incominciate, e queste si hanno per incominciate, quando le conclusioni sono proposte all'udienza in contradditorio delle parti. Le cause che s'istruiscono per iscritto si reputano in grado di esser decise quando l'istruzione è compita, o quando siano spirati i termini per le produzioni e per le risposte (*ibid.* art. 343 † 437).

Se la causa non è in grado di esser decisa, le procedure possono

continuare, la parte avversa non essendo obbligata di conoscere il cangiamento di stato che la donna ha provato (*ibid.* art. 345 † 439). Ma il marito può, se vuole, riprendere l'istanza, o intervenire secondo la natura della causa.

Se la moglie fosse stata autorizzata a litigare in prima istanza, può essa appellare senza autorizzazione? Nò senza dubbio; e maggiormente s'essa fosse stata autorizzata di litigare in appello, non si riputerebbe perciò autorizzata a stare in giudizio in cassazione, sia domandando, sia difendendosi. S'essa dunque ha guadagnato in appello, e che l'avversario sia ricorso in cassazione, e che il ricorso sia stato ammesso, ma che il giudicato di ammissione non sia stato notificato al marito nei tre mesi, l'attore debb'essere dichiarato inammissibile. Così deciso in cassazione nel 14 luglio 1819 (Sirey, 1819, 1. par. p. 407). Diversamente, s'ella sia stata autorizzata ad intentar tutte le domande, ed a difendersi; allora ella può essere attrice o convenuta in cassazione, senza che sia necessario di farv'intervenire il marito, come pure decise quella corte nel dì due agosto 1820 (Sirey, 1821, 1. par. p. 36).

Quid, se la donna è comparsa da principio nell'istanza come zitella, o come vedova, benchè fosse maritata? Io son di opinione che bisogna quì distinguere; se la donna si è detta semplicemente donzella o vedova, e che sia stato facile alla parte avversa di assicurarsi del contrario, allora l'atto può essere annullato per mancanza di autorizzazione, in virtù della massima: *Omnis gnarus debet esse conditionis ejus cum quo contrahit* (argom. tratto dall'art. 1307 † 1261). D'altronde, sarebbe aprire un campo all'abuso se dovesse dipendere dalla donna il prendere a suo piacere la qualità di zitella o di vedova per eludere l'effetto della potestà conjugale. Ma se nel luogo ove la donna risiede non si abbia conoscenza del suo matrimonio, e passi notoriamente per zitella o vedova, allora siamo al caso di applicare l'altra massima: *Error communis facit jus*, e di decidere che gli atti e le procedure fatte da lei o contro di lei benchè non autorizzata, sono validi. Giudicato così in cassazione il 30 agosto 1808 (Sirey, 1809, 1. par. p. 43).

Se la moglie ha presentato una domanda senza essere autorizzata, il reo convenuto può domandare la nullità della citazione? La ragion del dubbio è tratta dagli art. 225 † 214 e 1125 † 1079, ne'quali si stabilisce che la nullità fondata sulla mancanza di autorizzazione non può esser' opposta se non dal marito, dalla moglie o dai loro eredi. Ma la ragion di decidere è che questi articoli non si riferiscono che ai contratti; e la causa della differenza è evidente. Ciascuno è libero di contrarre o di non contrarre, e quando si contratta si deve conoscere la condizione di coloro coi quali si tratta. Ma quì il contratto giudiziario si forma col mezzo del giudizio. Se dunque il convenuto non potesse domandare la nullità della citazione, si vede che sarebbe forzato a fare un contratto nullo; o piuttosto ch'egli avrebbe, senza poterli evitare, tutti gli eventi contro di lui, poichè se la sentenza fosse in suo favore, egli non potrebbe profittarne, essendo il marito e la moglie i padroni di farla annullare quando loro parrebbe (*a*).

(*a*) *Il sig.* Toullier *dice che il principio dell'incapacità della*

a titolo gratuito (152) ovvero oneroso, senza l'autorizzazione del marito, la quale può risultare sia dal suo concorso nell'atto (153), sia dal suo con- 215 204 217

---

(152) La moglie non può neanche migliorare la propria condizione senza l'autorizzazione del marito, poichè la necessità di quest'autorizzazione non è in alcun modo fondata sull'interesse della moglie, ma sopra motivi cavati dall'ordine pubblico, e dall'interesse de' costumi. D'altronde, se si tratta di una successione il marito è interessato acciò sua moglie non accetti una successione onerosa; se di una donazione, il marito ha un interesse morale di conoscerne i motivi. La stessa ragione poi non esiste in verità riguardo ai legati, o almeno essa non è così valida; ma sempre vi ha l'interesse della potestà conjugale, che vuol essere rispettata, e che dee in conseguenza far annullare tutti gli atti che si fossero fatti in disprezzo di questa stessa potestà. Ma riflettete che se la donazione è stata autorizzata sia dal marito, sia dal giudice, la moglie può fare tutti gli atti non giudiziali che sono necessarj per convalidar la donazione, ed assicurarne l'esecuzione. Ecco per qual motivo fu deciso nell'art. 940 † 864 che la moglie può senza l'autorizzazione del marito far trascrivere la donazione che l'è stata fatta, e ch'ella fu autorizzata ad accettare.

(153) Oggigiorno basta che il marito concorra all'atto; ciò non avrebbe certamente bastato prima del Codice; sarebbe stata necessaria anche l'autorizzazione formale, ed era questa una vera quistione di parole. Fu in virtù di tale disposizione che la corte di Colmar in data del 14 gennaro 1812 giudicò, e con ragione, che il marito il quale agisce contro la moglie in giudizio è riputato per ciò solo autorizzarla a difendersi. (Sirey, 1812, 2. par. p. 442). Nello stesso senso fu deciso parimenti a Nancy (*ibid.* 443) (*a*).

Ma che si ha da intendere per queste parole *il concorso del marito nell'atto*? Fa d'uopo che questo concorso sia tale che il marito non abbia potuto ignorare l'impegno contratto da sua moglie. Dietro questo principio fu che la corte di Riom con sua decisione del 2 febbrajo 1810 annullò con ragione l'impegno di una donna la quale al

moglie a stare in giudizio è osservato con tal rigore, che se una procedura si fosse cominciata pro o contro di una donna quando era zitella, bisognerebbe per continuarla dopo il suo matrimonio che venisse autorizzata o dal marito o dal giudice, e cita un arresto di cassazione de' 22 germile an. XII. riportato in Sirey *2. parte pag.* 166, *non che* Malleville *sull'art.* 215 e Renusson Traitè de la communauté, *cap.* VIII. *num.* 7 (*L. cit. num.* 620).

Ma la distinzione fatta dal nostro autore è poggiata sulla legge, quindi non può disapprovarsi.

(*a*) *E si può aggiungere la decisione del 2 gennajo* 1811 *di Monpellieri, e del* 12 *dicembre di Colmar* (Sirey, 14, 2, 211, e 8, 2, 190.

206 senso per iscritto (154).

---

piede delle cambiali sottoscritte da suo marito aveva semplicemente messe queste parole *per cauzione* (SIREY, 1814, 2. par. p. 99). Era in fatti ben possibile che il marito avesse del tutto ignorato l' impegno contratto da sua moglie.

(154) Il quale può aver luogo posteriormente all' atto per cui è necessario, ed allora si ha come ratifica, e rende l' atto inattaccabile dalla parte tanto del marito, che della moglie, e de' loro eredi. Questa opinione veniva sostenuta nell'antico dritto, e ROUSSEAU DE LACOMBE, *Verbo* AUTORIZZAZIONE, cita due decisioni proferite in questo stesso senso. Essa dee dunque essere con più ragione ammessa nell' attual dritto in virtù del quale la nullità risultante della mancanza di autorizzazione non è altro che una nullità relativa.

Quid, se l' atto è nell' interesse del marito, costui potrà autorizzare sua moglie? Io confesso d' aver veduto con sorpresa la negativa in una decisione della corte di appello di Lione, ed anche in un'altra della cassazione del 14 feb. 1810, ambedue riferite da SIREY, 1810, 1. par. p. 189, e ciò sulla base che *nemo potest esse auctor in rem suam*. Ma come si è potuto applicare alla potestà conjugale questa massima stabilita in materia di tutela? Certamente le corti di cassazione e di Lione conoscevano meglio di me la differenza essenziale ch' esiste fra l' autorità del tutore e la potestà conjugale. La prima altro fondamento, altro motivo non ha che la necessità di supplire all' incapacità morale del pupillo. La moglie al contrario ha tutta l' intelligenza, e la capacità possibile per fare tutti gli atti di qualunque natura; e se si pretende ch' essa venga autorizata, è unicamente per contenerla nello stato di sommissione e di ubbidienza che deve al marito. L' autorità del tutore è interamente in favore del pupillo, e se l' atto è vantaggioso a quest' ultimo, o se il minore pervenuto alla maggior età non reclama, il tutore non può lagnarsi che la sua autorità sia stata disprezzata. La potestà conjugale è tutta in favore del marito, talmente che qualunque sia la volontà della moglie, e quanto vantaggioso l'atto comparisca, ed anche effettivamente lo sia, il marito può domandarne la nullità se la moglie non sia stata autorizzata. Ecco de' principj certi, costanti, e ch' egli è impossibile sconoscere. Come dopo ciò può applicarsi alla potestà conjugale la massima che *nemo potest esse auctor in rem suam?* Senza dubbio che il tutore in un affare che lo interessa personalmente non può venire ad interporre, in nome del suo pupillo, un' autorità la quale non gli viene conferita che per l' interesse di costui. Questa autorità non essendo richiesta che per supplire all'incapacità del minore, egli è chiaro che sarebbe pericoloso ed anche in qualche modo contradittorio il permettere al tutore di venire a supplire questa incapacità per suo interesse particolare. Ciò veramente sarebbe farsi *auctor in rem suam*, il che è, ed ha dovuto essere proibito. Ma la potestà conjugale essendo tutta in favor del marito, e la moglie maggiore avendo d' altronde la capacità morale necessaria per fare tutti gli atti della vita civile, perchè il marito non potrebbe darle anche per gli atti che lo riguardano un' autorizzazione che a dire il vero è imperiosamente voluta dalla legge, ma che non è meno unicamente un segno

di deferenza, e di rispetto verso di lui? E d'altronde, siccome osservavasi ragionevolmente in questo affare, risulterebbe ben presto da tal sistema, che l'autorizzazione giudiziale formerebbe il principio, e l'autorizzazione del marito l'eccezione; poichè nella maggior parte de'casi è in vista dell'interesse del marito che la moglie agisce; come in una procura ch'egli le concede, in una fidejussione ch'essa contrae per lui, in una vendita da lui fatta e da lei garentita ec.; bisognerebbe dunque che in tutte siffatte circostanze non ostante la presenza e 'l concorso del marito, essa si facesse autorizzare ancora dal giudice. Lo stesso Codice in fine sembra aver formalmente decisa la questione. Di fatti l'art. 1419 † T. porta che il pagamento de'debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, può essere preteso su i beni del marito istesso: or questa disposizione non può esser fondata che sull'aver la legge supposta l'obbligazione contratta nell'interesse del marito; e l'articolo intanto suppone che il consenso del marito ha dovuto esser sufficiente per la sua validità.

Ma, soggiungono i partigiani del contrario sistema, tutto ciò poteva esser vero nell'antica legislazione, ove, almeno secondo l'opinione la più generale, la nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione era assoluta e poteva essere provocata da tutti coloro che vi avevano interesse, ed anche da coloro che avevano contrattato ec. con la moglie non autorizzata; ma la cosa va in tutt'altro modo dopo il Codice, il quale forma di questa mancanza una nullità relativa da prodursi solamente dal marito, dalla moglie, o dai loro eredi. In sulle prime, io ho già provato che in virtù del Codice stesso, e dell'art. 1419 † T. debbe aver luogo la stessa dottrina; dippiù, confesso che non veggo qual possa essere il risultamento del raziocinio opposto. Che la nullità di cui si tratta sia assoluta o relativa, sarà forse men vero che l'autorizzazione non siasi esatta che nell'interesse del marito? ch'essa non ha in modo alcuno per oggetto di supplire alla capacità morale della moglie? che non può esser paragonata all'autorità del tutore, poichè costui non può giammai portar doglianza in suo nome per essere stata disprezzata, mentre il marito non solamente può domandare la nullità in suo proprio nome, ed a malgrado di sua moglie, ma impedire ancora costei dal domandarla, ratificando l'obbligo a qualunque siasi epoca? I compilatori del Codice han creduto che chi tratta scientemente con una moglie non autorizzata, doveva imputare a se stesso d'averle con ciò facilitato il mezzo di eludere la legge sulla potestà conjugale; ed in virtù della massima, *nemo ex improbitate debet sua consequi actionem*, essi non han voluto ch'ei potesse domandare la nullità dell'atto al quale avea dato egli stesso il consenso. Ma, ripetiamolo ancora, è forse men certo che questa autorizzazione siasi unicamente ricercata come un contrassegno di sommissione per parte della moglie, e che in conseguenza basta che questo abbia luogo, perchè sia valido l'atto, qualunque siasi la di lui natura, e qualunque la persona nell'interesse della quale si è passato?

Il legislatore istesso in fine sembra aver consacrato di nuovo questa opinione con una disposizione posteriore. Si vede infatti dal decreto del 17 maggio 1809 (*Bullet.* n. 4393) che la moglie autorizzata da suo marito può costituire su i proprj beni un majorasco in favore del

suo stesso marito (*a*). Or certamente che qui l'atto è senza dubbio nell'interesse del marito. Del resto, una decisione di Torino che aveva giudicato nel senso medesimo della corte di Lione, essendo stata denunciata alla corte di cassazione, questa rivenuta ai veri principj, ne ha pronunciato l'annullamento il 13 ottobre 1812 (Sirey, 1813, part. 1. pag. 143 (*b*).

Potrebbe avvenire diversamente, se la moglie fosse minore, per gli atti che il minore emancipato non può fare che con l'assistenza del suo curatore. In questo caso, il marito è per verità legittimo curatore di sua moglie, (art. 2208 † 2109); ma come l'autorità del curatore ha per oggetto di supplire all'incapacità del minore, la massima *nemo potest esse auctor in rem suam* riprende tutta la sua forza, e si potrebbe sostenere che l'autorizzazione del marito non basta per gli atti che fossero fatti nel suo stesso interesse.

Del rimanente, i principj stabiliti in questa nota provano che non era necessario per giustificare la necessità dell'autorizzazione del marito di allegare l'imprevidenza e la leggerezza delle donne, come un autore lo ha fatto. Io non credo che in materie così gravi sia convenevole il permettersi imputazioni di tal fatta. Al certo la legge che chiama la donna tutrice di dritto de' proprj figli, che permette di chiamarla tutrice del suo marito interdetto, è ben lontana dal tacciarla d'imprevidenza e di leggerezza. E d'altronde perchè apprendere ai giovanetti a disprezzare le loro madri, e quelle che sono destinate ad essere un giorno le loro compagne? Non si sarebbe forse potuto dare un'ottima ragione dicendo, che in una società indissolubile di due persone, si era dovuto prevedere il caso in cui le parti non si fossero trovate di accordo; che per non ridurre tal società allo stato d'inazione, era stato d'uopo accordar la preferenza al sentimento di uno de' socj, e che la natura delle cose esigeva dover accordarsi tal preferenza al marito; che se da una parte nei nostri costumi un pregiudizio forse salutare, abbia pel marito annessa una specie d'ignominia alla cattiva condotta della moglie, e dall'altra parte se la legge vuole che sia il marito sempre riputato il padre de' figli nati dal matrimonio, essa ha dovuto necessariamente riporre in di lui mano i mezzi necessarj onde prevenire, o arrestare i disordini dai quali la moglie potrebbe farsi trascinare. *La donna ha d'uopo di protezione*, dice

(*a*) *Ricomparvero anche tra noi i majoraschi colla legge dei* 21 *dicembre* 1809, *la quale venne confermata colla legge de'* 5 *agosto* 1818 *cui si unì un regolamento della stessa data per istituirli. Queste teorie si sono trasfuse nelle nostre Leggi civili tit. II. cap.* v. *sez.* vii. *de' majoraschi, de' quali a suo tempo farem parola, riunendovi quello che l'ultima legge de'* 17 *ottobre* 1822 *vi ha aggiunto. Per ora facciam osservare che nell' art.* 949 *delle Leggi civili solo si prescrisse che " i majoraschi possono essere instituiti dagli ascendenti " sieno maschi sieno femmine a beneficio de' discendenti maschi ", e nell' art.* 14 *della citata legge de'* 17 *ottobre* 1822, *questa disposizione dichiarossi applicabile ai genitori adottivi.*

(*b*) *Lo stesso quindi si decise dalla Corte di Colmar nell'* 8 *dicembre* 1812, *e da quella di Bordeaux nel* 2 *agosto* 1813 (Sirey, 13, 2, 224, e 15, 2, 106).

Questo principio nondimeno è suscettivo di varie eccezioni: 1.° Allorchè la moglie è sottoposta (155) ad in- 216 205

---

l'oratore del governo, *poichè è più debole*; *l'uomo è più libero, poich' egli è più forte. La preminenza dunque dell' uomo vien indicata dalla costituzione stessa dell' esser suo.* Egli è di fatti naturale che l' individuo il quale viene protetto, sia sotto la dipendenza dell' individuo, che lo protegge. In fine la qualità stessa degli uffizj che la natura ha compartiti alla donna, l' allontana, almeno per quanto dura il matrimonio, dall' esterna amministrazione. Egli è dunque semplicissimo che il potere appartenga a quel socio, il quale riunisce l' esperienza all'abitudine degli affari.

(155) Dunque se ella è che agisce, debb' essere autorizzata. La difesa è necessaria e di dritto naturale: l' accusa è un atto volontario.

Del resto questa disposizione è una conseguenza del principio, che coloro i quali non possono obbligarsi per contratto, il possono per delitto o quasi-delitto. Per ciò che concerne il minore nello stesso caso, vedete l' art. 1310 † 1264.

L' autorizzazione è forse necessaria alla moglie per obbligarsi con un quasi-contratto? Fa d' uopo distinguere diversi casi. Quantunque il Codice non n' enuncia che due nel Titolo *delle obbligazioni che si contraggono senza convenzione*, pure è indubitato che n' esitono dippiù. Il dritto romano ne conta cinque.

1. *L' adizione di eredità.* Noi abbiamo osservato che l' autorizzazione era necessaria.

2. *La tutela.* La donna maritata non può esser tutrice che dei suoi figli del primo letto o di suo marito interdetto. E siccome nel primo caso il secondo marito debb' essere nominato contutore, l'accettar ch' egli fa questo incarico porta con se l' autorizzazione della moglie. Nel secondo caso, la moglie è autorizzata dalla legge che permette di nominarla tutrice.

3. *Il quasi contratto di comunione.* O la moglie durante il suo matrimonio ha fatto l' operazione che dà luogo a questo quasi-contratto, ed essa vi ha dovuto essere autorizzata; o l' aveva fatto prima del matrimonio, ed era da quel momento gravata dell' obbligo che ha continuato ad esistere di poi.

4. *Il pagamento della cosa non dovuta.* La distinzione stessa: se il pagamento ha avuto luogo prima del matrimonio, l' obbligazione da quel momento stesso si è contratta, e continua ad esistere durante il matrimonio: se il pagamento ha avuto luogo dopo il matrimonio, la donna è stata autorizzata a riceverlo, o no; se vi è stata autorizzata, il pagamento è stato fatto validamente, e per conseguenza se la cosa non era dovuta può darsi luogo alla ripetizione. Se non vi è stata autorizzazione, può darsi luogo alla ripetizione soltanto nel caso che il reclamante può dimostrare aver la donna profittato di tal pagamento, e sino alla concorrenza di ciò che ha profittato. (Arg. cavato dall'art. 1241 † 1194).

5. In fine la *gestione degli affari.* Se la moglie ha amministrato senza autorizzazione gli altrui affari, bisogna distinguere. Ella non è tenuta alle obbligazioni che ha potuto contrarre verso del terzo a motivo della gestione; coloro che contrattarono seco lei, han dovuto

quisizione criminale, o di polizia (156);

218 2.o Se ella è autorizzata dal giudice (157). Quest'au- 207

---

conoscere la sua condizione: *Omnis gnarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.* Essi non hanno dunque azione alcuna da esercitare che contro il proprietario, *et quatenus locupletior factus est.* Ma se la donna abbia dilapidati, o deteriorati i beni del proprietario, in una parola se abbia malamente o negligentemente amministrato i di lui affari, è questa una specie di delitto, o di quasi-delitto di cui ella debb' essere tenuta. Il marito è riputato oltre a ciò di aver autorizzata la gestione, ove l'abbia conosciuta, e non vi si sia opposto: ed io credo che se vi fosse comunione di beni si potrebbe secondo le circostanze anche applicare l'articolo 1419, e far pesare l'obbligo tanto sui beni della comunione che sui beni personali del marito. Altrimenti sarebbe da temersi che costui d'intelligenza con sua moglie non ne profittasse egli stesso, o non lasciasse profittar la comunione delle dilapidazioni commesse sopra i beni dell'assente.

Se al contrario si siano amministrati gli affari della moglie, come l'amministratore in generale non ha azione contro il proprietario che fino alla concorrenza di quello di cui egli ha profittato, è giusto che la moglie sia tenuta a questa obbligazione, come lo sarebbe ogni altro individuo.

(156) Qualunque siasi, municipale o correzionale.

(157) A qual tribunale debb' essere domandata l'autorizzazione? Bisogna distinguere: se si tratta della rogazione di un atto, o di una domanda giudiziaria da formarsi dalla moglie, si appartiene al tribunale del domicilio comune di accordar l'autorizzazione. Ma se si tratta di un processo nel quale la moglie sia rea convenuta, l'autorizzazione può essere accordata dal tribunale innanzi al quale è stata portata la domanda.

Se la moglie perde la causa e vien condannata alle spese, su quai beni può esser eseguita la condanna? Già è chiaro che qui non si tratta che delle cause relative ai beni personali della moglie, poichè il marito solo può procedere in giudizio pei beni della comunione. Ciò posto, io credo che bisognerebbe distinguere: Se siavi comunione, e che il marito abbia data l'autorizzazione, l'esecuzione può aver luogo per le spese sopra i beni personali della moglie; ma s'essa non è stata autorizzata che dal giudice, questa esecuzione non può aver luogo che sulla nuda proprietà di questi medesimi beni, e non sull'usufrutto, che fa parte de' beni della comunione di cui la moglie non può in generale disporre senza il consenso del marito. Questa distinzione mi sembra evidentemente risultare dalla combinazione degli art. 1413 † T e 1417 † T. Se poi i conjugi sono separati di beni, l'esecuzione per le spese non può aver luogo che sopra i beni personali della moglie. S'essi sono maritati con la regola dotale, e la lite non riguardi che la dote, l'esecuzione ha luogo soltanto sopra i beni parafernali. Noi osserveremo più minutamente al Tit. *del contratto di matrimonio*, qual sia negli altri casi l'effetto differente fra l'autorizzazione del marito e quella che viene accordata dal giudice.

torizzazione ha luogo in caso di rifiuto, di assenza (158), 222
d'interdizione o di minor' età (159) del marito, ovvero 211
se egli è colpito da condanna che produca pena afflittiva 224
o infamante (160), ancorchè non sia stata pronunziata 213

---

(158) Presunta, o dichiarata, o anche di non presenza, secondo le circostanze. In verità l'art. 863 † 941 del Codice di procedura non prevede che il caso di assenza propriamente detta, presunta o dichiarata. Frattanto può frequentemente avvenire, che il marito si trovi ad una gran distanza senza esser pertanto nel caso di presunzione di assenza, e che sia necessario di autorizzare la moglie per una procedura, o per un atto che non soffra indugio. In questo caso non vi ha dubbio che il giudice possa accordar l'autorizzazione (*a*).

(159) Se tuttavolta l'atto ecceda i limiti della capacità del minore emancipato.

Anticamente si opinava che l'autorizzazione del marito non essendo richiesta che *propter reverentiam marito debitam*, il minore potesse autorizzare la moglie maggiore per tutti gli atti, eccetto i giudiziarj, poichè allora non basta la semplice autorizzazione, e fa d'uopo ancora che il marito proceda in giudizio; ciò che il minore non può fare che con l'assistenza del suo curatore: ma ne risultava questo inconveniente, che se l'obbligazione contratta dalla moglie era di sua natura pregiudizievole agl'interessi del marito, allora questi poteva farsi restituire contro l'autorizzazione ch'egli aveva accordata a sua moglie, ed annullare con ciò l'obbligazione di costei. Ond'evitare siffatto inconveniente, che metteva la moglie benchè maggiore in una specie d'interdizione, si preferì decidere d'una maniera generale, che la moglie del minore non poteva essere autorizzata che dal giudice.

Quid se i due conjugi sono minori ambidue? Com'essi sono emancipàti in virtù del matrimonio, la moglie può fare con l'autorizzazione di suo marito tutti gli atti permessi al minore emancipato. Riguardo agli altri atti siano giudiziali, siano estragiudiziali, la moglie non può procedervi che con le formalità e condizioni richieste pei minori emancipati, cioè con l'assistenza di un curatore, e l'autorizzazione del consiglio di famiglia nei casi ne' quali viene prescritta.

Quid se la moglie è minore, e 'l marito sia minore? Io credo che il marito sia di dritto il di lei curatore, salvo per quegli atti ne' quali vi si troverebbe egli stesso interessato, ed inoltre salva l'autorizzazione del consiglio di famiglia, come si è detto di sopra.

Queste distinzioni sono tratte per argomento dalle disposizioni dell'art. 2208.

(160) Osservate in primo luogo che in questo caso il marito non potrebbe anche col consenso della moglie accordare l'autorizzazione

(*a*) *Non vi è bisogno, dice* Toullier, *l. cit. num.* 651, *che l'assenza del marito sia dichiarata o presunta; basta ch'egli si trovi troppo lontano per autorizzar la moglie così prestamente che il caso l'esige. Spetta ai giudici di vedere se vi è pericolo nel ritardo, e se debbon essi autorizzar la moglie senz'attendere il ritorno del marito, o senza dar il tempo necessario per consultarlo.*

221 che in contumacia; e ciò durante tutto il tempo della
210 pena (161).

(argom. tratto dall' art. 28 del Cod. pen.); ed in secondo luogo che in virtù degli art. 6 e 7 dello stesso Codice ogni pena qualificata come afflittiva è nel tempo stesso infamante. Le pene afflittive ed infamanti sono:

1. La morte;
2. I ferri a vita;
3. La deportazione.

Queste tre pene portano con loro la morte civile, come dicemmo.

4. I ferri a tempo;
5. La reclusione (Cod. pen. art. 7).

Le pene infamanti e non afflittive sono:

1. La gogna;
2. Il bando;
3. La degradazione civica (ibid. art. 8).

Le pene correzionali non sono nè afflittive nè infamanti (a).

(161) Quest' aggiunzione sembra inutile a prima vista; poichè da una parte ogni pena afflittiva è infamante, e dall' altra parte l' infamia accompagna il colpevole tutta la vita. Sembra però doverne risultare, che il marito non possa più quind' innanzi autorizzare la moglie in qualunque epoca che ciò avvenisse. Intanto, come a' termini degli art. 619 e seg. del Codice d' istruzione criminale, ogni condannato ad una pena afflittiva o infamante non portante morte civile, può essere riabilitato dopo che abbia subita la pena, e che la riabilitazione fa cessare in prosieguo nella persona del condannato tutte le incapacità risultanti dalla condanna, e per conseguenza l' infamia, ne siegue che il riabilitato ricupera la potestà conjugale, e perciò la capacità di autorizzare sua moglie sia per istare in giudizio, sia per contrattare.

(a) *È detto nel citato art.* 28 *del Codice penale francese che il condannato alla pena de' lavori forzati a tempo, a quella del bando, della reclusione o della gogna non potrà mai esser giurato nè perito, nè esser impiegato come testimonio negli atti, nè deporre in giudizio per altro oggetto, fuorchè per somministrare semplici indicazioni. Sarà egli incapace di tutela e di cura, tranne pe' suoi figliuoli, e per questi soltanto col parere della famiglia; e sarà decaduto dal dritto di portar le armi, e da quello di servire nelle armate del Regno. Tra noi è lo stesso giusta l' art.* 17 *per i condannati a' ferri anche nel presidio, e per i condannati alla reclusione, (non conoscendosi nel Regno le altre pene mentovate in detto art.* 28.) *giacchè queste condanne portano la perpetua interdizione da' pubblici ufizj e l' interdizione patrimoniale durante la pena, delle quali abbiam fatto parola, e lungamente, nelle nostre osservazioni al Tit. II. di questo libro.*

In quelle a questo Titolo farem parola delle pene afflittive ed infamanti, o infamanti solo, ammesse dal Cod. pen. francese: distinzione non adottata tra noi.

Allorchè vi è rifiuto del marito, bisogna distinguere: se si tratta di autorizzare la moglie a stare in giudizio (162), il giudice (163) può accordare puramente e semplicemente l'autorizzazione. Ma se fa d'uopo autorizzarla a stipulare qualche atto (164), allora la moglie dee dopo l'intimazione fatta a suo marito, e dietro il di lui rifiuto, presentare domanda al presidente del tribunale di prima istanza del domicilio comune, il quale permette di far citare il marito a comparire in un giorno indicato alla Camera del consiglio per dedurre le cause del suo rifiuto. 218 *207* Pr. 861 *939*

Inteso o non comparso il marito, sulle conclusioni del pubblico ministero, vien profferita sentenza circa la domanda della moglie. 862 *940*

In caso di assenza presunta o dichiarata del marito, (165) la moglie presenta del pari la domanda al pre- 863 *941*

D' altronde l' articolo è egualmente fatto pel caso in cui la pena non è pronunciata che in contumacia; ed allora l' effetto del giudizio può cessare con la semplice presentazione del condannato nel termine prescritto (*a*).

(162) Come rea convenuta: poichè se la moglie è attrice, ha dovuto dimandare l' autorizzazione dal marito innanzi di avanzar la prima istanza, e seguire in questo caso la forma indicata nell' articolo 219 † 208.

(163) Innanzi al quale la domanda è presentata, quand' anche fosse un tribunale di commercio. Così fu deciso in cassazione il 17 agosto 1813. (Bullet. n.° 97). Può esser fondata questa decisione sulla legge 3 Cod. *de judiciis.*

(164) Ovvero a formare una domanda.

(165) Fa d' uopo dunque che vi sia assenza propriamente detta, almeno presunta. La semplice mancanza di presenza non sarebbe sufficiente. Così giudicato a Colmar il 31 luglio 1810 (Sirey, 1811, 2. par. p. 206.) Nondimeno se la cosa fosse urgente e che la lontananza del marito fosse tale che divenisse impossibile ottenere a tempo la sua autorizzazione, io opino che il giudice, presa conoscenza dell'affare, come si è detto nella nota 158 p. 88, potrebbe autorizzare.

(*a*) *Abbiam parlato egualmente nelle osservaz. al Tit. II. della reabilitazione e de'suoi effetti, enotata la differenza delle disposizioni che la riguardano tra l' una e l' altra legislazione.*

Si è avvertito ivi lo stesso pel giudizio contumaciale, dove osservammo che l' annotazione all' albo de' rei assenti produce l' effetto non solo di far considerare il reo come esule da tutto il territorio del regno, ma di farlo ancora rimaner sospeso da ogni dritto di cittadinanza, ed interdetto dalla facoltà di fare ogni atto legittimo col quale possa contrarsi obbligazione.

sidente, il quale destina un giudice a relazione di cui il tribunale statuisca, udito il pubblico ministero.

La stessa forma è seguita nel caso d'interdizione del marito; se non che allora bisogna unire alla domanda la sentenza d'interdizione. La stessa nel caso di minor'età o di condanna del marito a pena afflittiva od infamante; e basta, nel primo caso, presentar l'atto di nascita del marito; nel secondo, copia della condanna.

Pr. 864 942

Osservate che in generale, ai termini dell' art. 83 dello stesso Codice, tutti gli affari che interessano le mogli non autorizzate dai loro mariti vanno comunicati al pubblico ministero.

83 177

Com. 4 8

3.° Se la moglie esercita pubblicamente la mercatura, cioè se fa un commercio separato da quello del marito (166), il che non può aver luogo senza il di lui

---

(166) Diversamente se non fa altro che vendere a minuto le mercanzie del commercio del marito. In questo caso, è il marito il mercandante, e la moglie non è che un suo commesso; ed ella non è tenuta che in quanto si è obbligata con l' autorizzazione o col concorso di suo marito.

Nota. Si decise a Parigi il 21 novembre 1812, (Sirey, 1813, 2. par. p. 269) che la moglie la quale tiene in suo nome un albergo mobigliato doveva essere riputata come esercente pubblica mercatura.

Quid se essa è solita di sottoscrivere sola le fatture, i biglietti ec. del commercio di suo marito? Circostanza tale s'incontra sovente quando la moglie sola sa scrivere. Io suppongo con Pothier, che le carte firmate da lei sola, valgono *propter bonam fidem* ed obbligano il marito. La donna maritata si reputa in questo caso come procuratrice di suo marito, *quasi ejus institrix*. Così giudicato dalla Corte di cassazione il 25 gennaio 1821, (Sirey, 1821, 1. par. p. 177). Ma questi atti obbligano essi la moglie? Ciò dipende dalla redazione dell'atto. Se sia stato fatto sotto i nomi ruiniti del marito e della moglie, e che eglino sieno usi a praticare in tal modo, esso gli obbliga entrambi. Ma se la moglie ha firmato per ed in nome del marito, quest'ultimo solamente rimane obbligato.

Osservate che nel caso stesso in cui la moglie è obbligata, ella non è soggetta all' arresto personale, poichè questo non può aver luogo contro le donne, se non quando esse esercitano pubblica mercatura, e che nella nostra ipotesi la moglie non è tale, poichè non fa un commercio separato da quello del marito.

Quid, se una moglie che non è pubblica mercantessa, nè autorizzata, trae una cambiale sopra il marito? Se il marito accetta, essi sono obbligati ambidue; il marito, perchè ha accettato, la moglie, perchè con quest' accettazione il marito vien riputato approvare l' obbligazione da lei contratta traendo quella cambiale: ma l' arresto personale non ha luogo contro di lei. (Cod. di comm. art. 113 † 113.) Se il marito non accetta, nessuno dei due è obbligato. Si decise contro questa opinione a Parigi il 12 gennajo 1815 (Sirey, 1816, 2. par.

consenso (167). Ella può allora obbligarsi sola (168) per tutto quel che concerne il suo traffico, ed obbliga anche il marito, se v'è tra loro comunione (169): ella può 220 209

---

pag. 75.) e si convenne che l'accettazione del marito in questo caso non convalidava l'obbligazione della moglie; ma io non posso non persistere nel mio sentimento, perchè lo credo intieramente conforme al dritto attuale. Basta il consenso del marito per convalidare l'obbligazione della moglie. Or può dirsi che il marito accettando una cambiale della moglie non approvi poi l'obbligazione ch'ella ha contratta (a)?

Quid, se sia la moglie che accetti la lettera tratta dal marito? Ella è obbligata, ma non sotto pena di arresto personale se non eserciti pubblica mercatura. Da osservarsi una sentenza di Caen del 2 agosto 1814 (Sirey, 1814, 2. par. pag. 399.) Il marito traendo una cambiale sopra la moglie è presunto averla autorizzata ad accettare.

(167) Ma il consenso tacito è sufficiente: per es. se ella fa il commercio a vista e saputa del marito, e senza ch'ei vi si opponga. Così giudicato in cassazione il 14 novembre 1820 (Sirey, 1821, 1. par. p. 312); *qui prohibere potest, et non prohibet, consentire videtur.*

(168) Suo marito autorizzandola ad esercitare un commercio separato, si presume averla autorizzata a fare tutti gli atti senza de' quali questo commercio non può aver luogo. Osservate che le obbligazioni contratte dalla moglie come pubblica mercantessa sono indipendenti dalle altre convenzioni matrimoniali. In conseguenza allorchè ella fosse maritata sotto la regola della comunione, e che venisse a rinunziarvi, non sarebbe perciò meno tenuta in solido verso i creditori, salvo il suo regresso contro del marito, e de' suoi eredi, come sarà detto quì appresso al Tit. del *contratto di matrimonio.*

(169) Siccome a motivo di questa comunione di cui il marito è il capo ed in qualche modo il proprietario, egli profitta de' beneficj commerciali procurati dalla moglie, è giusto che sia tenuto a serbare le di lei obbligazioni; e ne sarà tenuto non solamente sopra i beni della comunione, ma ancora sopra i suoi beni personali (art. 1419 † T.); essendo un principio che, soprattutto durante il matrimonio, i creditori della comunione si reputano come creditori del marito, e viceversa. Egli è realmente il socio *in nome collettivo* di sua moglie, e come tale dee applicarglisi l'art. 22 del Cod. di com. (Vedete le mie *istituzioni di dritto commerciale*).

Ma il marito non è egli tenuto se non quando vi ha comunione? Fa d'uopo distinguere: se vi ha separazione di beni, egli è certo che il marito non è tenuto, poichè si presume ch'ei non profitta in modo alcuno de' beneficj che sua moglie può fare nel commercio. Vale lo stesso se i conjugi sono maritati sotto la regola dotale; eccetto il caso in cui la costituzione della dote abbracciasse tutt'i beni futuri della moglie, poichè in tal caso appartenendo al marito i beneficj del commercio, almeno in quanto all'usufrutto, egli debb'essere tenuto.

(a) *La stessa Corte infatti avea deciso che la moglie di un mercadante la quale ha sottoscritto de' biglietti ad ordine* unitamente e solidalmente *con suo marito è validamente obbligata ancorchè non sia* esplicitamente *autorizzata*, 1 *ottobre* 1806, Sirey, 7, 2, 813.

egualmente, e senza esservi autorizzata, dar in pegno, ipotecare ed alienare i suoi immobili personali (170), a

---

Se vi ha semplicemente esclusione di comunione, come in tal caso tutt' i lucri appartengono al marito ad esclusione della moglie, tanto più debb' egli esser tenuto.

Quid, se vi sia comunione, ma che per una clausola speciale del contratto di matrimonio, la totalità de' lucri debba appartenere alla moglie giusta l' art. 1525 † T; il marito è pur egli egualmente tenuto degl' impegni commerciali? Io penso che debb' esser lo stesso per due ragioni; la prima, perchè questa clausola non impedisce che il marito non possa, durante il matrimonio, disporre della comunione, come di cosa di sua pertinenza; dee dunque esser egli tenuto di questi obblighi: la seconda ragione si è che questa stessa clausola non priva la moglie del dritto di rinunciare alla comunione, la quale apparterrebbe allora interamente al marito.

Ma come i conjugi sarebbero essi tenuti di quest' impegni dopo sciolta la comunione? Ciascuno pel totale; vale a dire la moglie, perchè trattasi di un' obbligazione da lei personalmente contratta; ed il marito perchè l' adempirvi è uno de' debiti della comunione (Argomento tratto dall' art. 1419 † T.).

Ma ne' casi ne' quali è tenuto il marito, è tenuto anche personalmente? Io credo che sì con Pothier, *della Potestà conjugale* n. 22 e Valin, Commentario all' art. 23 delle consuetudini della Roccella n. 118 è 120. (È da osservarsi una decisione del Parlamento di Parigi del 23 maggio 1718 riferita nell' antico Denisart, *vocab. marchande publique* n. 5.) Il marito, come abbiamo detto, è riputato il socio di sua moglie, e 'l socio è tenuto personalmente per gl' impegni contratti da quello che ha dritto di firmare per la società.

(170) Questa è una deroga agli art. 225 † 212 e 1538 † T del Codice, i quali non permettono al marito di accordare a sua moglie, anche per contratto matrimoniale, una autorizzazione generale di alienare i suoi immobili, e qui l' autorizzazione tacita di fare il commercio è sufficiente. Ma si è introdotta questa disposizione sol per una agevolezza dovuta al commercio.

Osservate la differenza di redazione degli art. 5 † 9 e 7 † 11 del Codice di commercio: nell' art. 5 si dice, che la moglie la quale esercita mercatura pubblica può senza l' autorizzazione del marito *obbligarsi per ciò che concerne il suo negozio*: d' onde dee conchiudersi, che la qualità di mercatante non basta in questo caso a render validi gli obblighi della moglie, ma fa anche d'uopo che tali obblighi *concernano o si reputino concernere* il suo commercio; altrimenti hanno bisogno dell'autorizzazione: per es. se facendo il commercio di tele, ella contragga obblighi per compre di ferro. Noi diciamo *concernano o si reputino concernere*, mentre riguardo a ciò esiste una presunzione stabilita nell' art. 638 † 617 del Codice di commercio, che decide riputarsi i biglietti sottoscritti da un negoziante fatti pel suo negozio, se tuttavia non siavi enunciata altra causa.

Quid se si trattasse di prestito verificato con atto notariale, e non per semplici biglietti? Io penso dover aver luogo la stessa presun-

meno che non siesi maritata sotto la regola dotale, nella quale ipotesi l' immobile che fa parte della dote non può essere ipotecato, nè alienato (171), fuorchè nei casi e con le forme determinate dagli art. 1555, *1368*, e seguenti del Codice civile.

4.° Se ella è separata di beni, sia per contratto matrimoniale, sia per un giudicato. Ma anche allora il suo dritto si limita all'alienazione de'proprj mobili, ed agli atti di amministrazione e di godimento degli immobili. Vale lo stesso riguardo ai beni parafernali (172) allorchè i conjugi

Com. 7 *11*
1449 *1413* 1536 T

zione. (Argomento tratto da ciò che si dice nel paragrafo seguente).

Ma nell' art. 7 del Codice stesso è detto, che le mogli esercenti mercatura pubblica, possono impegnare, ipotecare ed alienare i di loro immobili, nè si soggiunge per causa del di loro negozio; d'onde dee conchiudersi che la qualità di pubblico negoziante basta per convalidare l' alienazione, qualunque sia l'impiego posteriore del danajo; e ciò per analogia di quel che si è detto nello stesso art. 638. Per la medesima ragione io penserei che non dovrebbe aver luogo quella decisione se non quando il contratto non contenesse alcuna enunciazione dell'impiego. Altrimenti se l' impiego fosse specificato, e che fosse stato estraneo al commercio della moglie, io penso che la nullità dell' alienazione o dell' ipoteca potrebbe esser domandata.

(171) Altrimenti sarebbe stato lo stesso che cambiare le convenzioni matrimoniali; il che non può aver luogo dopo il matrimonio (art. 1395 † 1349). Le due famiglie, prescegliendo la regola dotale, hanno voluto che l' immobile costituito in dote non possa essere alienato, anche con autorizzazione speciale del marito. (art. 1554 † 1367) Non bisogna adunque che con una semplice autorizzazione, la quale potrebbe essere anche simulata, l' alienazione possa aver luogo.

Bisogna intanto osservare, che se l' immobile dotale non può in questo caso direttamente alienarsi, lo può bensì indirettamente, poichè la moglie esercitando pubblica mercatura, se viene ad eseguirsi contro di lei, o contro del marito l' arresto personale, per mancanza ai suoi impegni commerciali, l' immobile potrà essere alienato per trarre l' uno o l' altro di prigione (art. 1558 † 1371). Ma in questo caso medesimo bisogna il permesso del giudice, il quale esaminerà se vi sia veramente necessità di alienare (*a*).

(172) S' intendono per questi i beni che la moglie non si ha costituiti in dote (art. 1574 † 1387), da *παρα extra*, e *φερνη dos*, cioè a dire *quae sunt extra dotem*.

(*a*) *Conveniva quì aggiungere il caso del collocamento de' figli, e par che dovea citarsi non l' art.* 1558 † 1371 *che parla de' beni dotali, non di quelli della comunione; ma l' art.* 1427 † 1398, *che dice ,, La moglie non può senza l'autorizzazione giudiziale obbligare ,, nè se stessa nè i beni della comunione, nemmeno per liberare il ,, marito dalla prigione, o pel collocamento de' figli in caso di as- ,, senza del di lei marito ,,.*

si sono uniti colla regola dotale: la moglie ne ha egual-
1576 mente l'uso e l'amministrazione; ma non può alienare
1389 gl' immobili che ne fanno parte senza esservi autorizzata
dal marito o dal tribunale.

Si osservi di vantaggio che la moglie sotto qualunque regola sia maritata, ed anche esercitando pubblica
215 mercatura, non può in alcun caso, nè pel favore di
204 alcun contratto stare in giudizio anche a riguardo de'suoi beni mobili, proprj o parafernali (173) senza essere autorizzata.

L'autorità maritale essendo in qualche modo dell'essenza del matrimonio, può essere modificata, ma tutto ciò che tende a distruggerla è riprovato dalla legge; in consegueuza per favorevole che sia il contratto di matrimonio e perciò suscettivo di ogni specie di clausole, anche di quelle che sarebbero interdette in ogni altro atto, non pertanto è proibito d'inserirvi espressamente o taci-
1388 tamente alcuna deroga generale alle disposizioni della legge
1342 relative a tale autorità.

Quindi qualunque autorizzazione generale data alla donna, anche nel contratto matrimoniale, è nulla per ciò
1538 che concerne l'alienazione de' suoi immobili (174) ed il
T dritto di stare in giudizio; essa non avrebbe dunque altro effetto se non quello di rendere la moglie capace di
223 esigere le rendite, alienare i mobili, ed amministrare
212 gli immobili che le appartengono.

Noi vedremo al Titolo *de' contratti* qual sia l'effetto della nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione.

---

(173) Noi abbiam visto in fine dell' antecedente nota ciò che si debba intendere per *beni parafernali.* Questa espressione è particolare alla regola dotale; quando il matrimonio ha luogo sotto la regola della comunione, que'de'loro beni che non entrano nella comunione suddetta, chiamansi *proprii.*

(174) Salvo ciò che abbiamo detto relativamente alla moglie esercente pubblica mercatura.

§. II.

Della separazione personale e de' suoi effetti.

La separazione personale può essere definita: la facoltà accordata dal giudice ad uno dei conjugi (175) di abitare separatamente dall' altro senza poter essere costretto a riceverlo.

Per trattare con ordine questa materia noi vedremo:

1.° Per quali cause la separazione può essere domandata;

2.° Come la domanda si forma, s' istituisce e si giudica;

3.° Quali sono i provvedimenti provvisionali cui può essa dar luogo;

4.° Finalmente quali gli effetti della separazione ottenuta.

Delle cause di separazione personale.

La separazione personale non può aver luogo per effetto di mutuo consenso (176), ma solo per le cause seguenti:

---

(175) La separazione personale può essere attualmente domandata per le stesse cause, dal marito o dalla moglie. Anticamente, come lo vedremo qui appresso, il marito poteva solamente intentare l' accusa di adulterio, e la condanna portava seco di fatto la separazione personale.

(176) Per più ragioni. La prima si è che la separazione non disciogliendo il matrimonio, sarebbe impossibile di esporla a tutti quegli ostacoli di cui un tempo si era circondato il divorzio per mutuo consenso. Non si potrebbe proibire ai conjugi di riunirsi; non si potrebbe forzargli ad abbandonare una parte de' beni ai di loro figli, ec.

La seconda ragione si è che la detta separazione trae seco la separazione de' beni, che spesso è una specie di cambiamento alle convenzioni matrimoniali: ora è massima che i conjugi non possono cangiar queste posteriormente al di loro matrimonio. (art. 1395 † 1349).

Da ciò bisogna conchiudere, che in fatto di separazione personale come di beni, la confessione del conjuge convenuto, se fosse sola, non sarebbe riguardata come una sufficiente pruova de' fatti, che possono dar luogo alla separazione. (Pr. 870 † 948.) (*a*).

(*a*) *Si oppone il professore di Rennes a questa ultima rigorosa ma giusta opinione del nostro autore.* ,, *Son essi sempre* (*dic' egli*

229 1.° Per adulterio sia della moglie sia del marito.
217 Però l' adulterio del marito non è motivo di separazione se non quando egli ha tenuto (177) la sua concubina nella

---

(177) Non è perchè la violazione della fede conjugale non fosse in se stessa così criminosa in persona del marito come in quella della moglie : ma è perchè l' adulterio di costei ha ben altre conseguenze , potendosi con esso introdurre nella famiglia del marito figli stranieri. D' altronde pare che il pudore si opponga che una donna vada a querelarsi del semplice adulterio di suo marito ; ma allorchè fosse l'adulterio accompagnato dalla coabitazione della concubina nella casa comune , questa coabitazione diviene una ingiuria così grave, che dà alla moglie il dritto di domandare la separazione. Potrebbe anche avvenire che , pur quando la concubina non dimorasse abitualmente nella casa comune , l' adulterio del marito fosse accompagnato da circostanze tali che dovesse esser riguardato come una grave ingiuria, sufficiente a far pronunciare la separazione ; a modo di esempio , se il marito procura

,, *l. c. num.* 750) *i giudici obbligati a riguardare la confessione*
,, *del marito come sufficiente , ed ordinare un' informazione? La*
,, *sentenza che pronuncierebbe la separazione personale sulle confes-*
,, *sioni del reo convenuto senza precedere informazione , potrebbe*
,, *esser cassata ? Noi nol pensiamo. La legge distingue le separa-*
,, *zioni de' beni dalle separazioni personali. Nelle prime il Codice*
,, *di procedura art.* 870 ✝ 948 *vuole espressamente che la confes-*
,, *sione del marito non faccia pruova , quand' anche non vi fossero*
,, *creditori ; e se i giudici si fossero contentati di questa confessio-*
,, *ne , i creditori potrebbero essere ammessi a procedere come terzi*
,, *opponenti contra la sentenza di separazione , anche dopo il ter-*
,, *mine loro accordato , allorchè tutte le formalità stabilite non fos-*
,, *sero state osservate , art.* 831 ✝ 951.
,, *Ma questa disposizione non è replicata riguardo alla separa-*
,, *zione personale che interessa principalmente i due conjugi , e*
,, *nella quale essi figurano soli, senza che i creditori abbiano dritto*
,, *d' intervenirvi. La sentenza che pronunziasse la separazione per-*
,, *sonale sulle confessioni del reo convenuto , senza precedente in-*
,, *struzione , non violerebbe dunque alcuna legge , nè sarebbe sog-*
,, *getta alla cassazione* ,,.

Noi chiamammo giusta l' opinione del nostro autore perchè chi vuole il fine ha da volere i mezzi. La legge francese che vietava la separazione personale per reciproco consenso bisognava che l'avesse impedito con la spontanea confessione del reo convenuto , e ciò se importava nella separazione de' beni era più necessario in quella delle persone : molto più prescrivendosi in essa la separazione dei beni come necessaria conseguenza della separazione personale.

Del resto per noi tal quistione è oziosa. La separazione de' beni non siegue più necessariamente la separazione personale, e questa si può ottenere col reciproco consenso quando sia dal tribunale omologata. Spetterà al medesimo di apprezzarne i motivi nell' accordare o negare tale omologazione.

di trovarsi con la concubina in quei luoghi ne' quali è sicuro di ritrovar la moglie ; se frequentemente la conduce seco nel domicilio comune. La legge in fatti non esige una residenza abituale ; basta solo che l' abbia *tenuta* nel domicilio comune , ciò che lascia la decisione del fatto alla prudenza del giudice (*a*).

Anticamente, il marito solo poteva intentar l'accusa di adulterio contro la moglie; i suoi eredi non avevano lo stesso dritto. Intanto se veniva egli a morire dopo la querela, ma prima del giudizio, si credeva che gli eredi potessero proseguirla per l'interesse pecuniario che vi avevano; l' effetto della condanna della moglie essendo quello di annullare le donazioni che le fossero state fatte, e di ottener la confisca della di lei dote a profitto del marito. Si giungeva perfino a dire, che se il marito aveva ignorato l'adulterio, o era morto troppo presto per aver potuto intentar l'azione , i suoi eredi erano ammessi a provar l'adulterio per via di eccezione , se la vedova domandava l' esecuzione de' suoi patti matrimoniali. (Coquille, sulla costumanza del Nivernese tit. *du douaire* art. 6). Gli eredi avrebbero essi almeno oggi il dritto di proseguire la domanda di separazione, intentata per questo motivo? La ragione della differenza sta in ciò che il marito nel dritto antico intentava semplicemente l' accusa d' adulterio : la separazione personale n' era la conseguenza ; ma nella querela di adulterio stava realmente l' affare principale. Or non ripugna certamente alla natura delle cose che una querela di tal natura prodotta dal marito sia proseguita dai suoi eredi. Oggi è tutto al contrario: in virtù del Codice civile, la domanda principale è quella della separazione personale. La causa d'adulterio non è che il mezzo da impiegarsi per giungervi. Or sembra ripugnare che una domanda di separazione personale sia continuata dagli eredi. Come in fatti richiedere alla giustizia la separazione di due conjugi l' uno de' quali è già morto? Non ostante queste ragioni, io credo che gli eredi del marito possono proseguire l' azione intentata, salvo il dovere di modificare le conclusioni , limitandosi a domandare la rivoca de' vantaggi ; e ciò che mi conferma singolarmente in questa opinione si è : 1.° che sembra risultare dagli art. 336 e 339 del Cod. penale che il marito può denunciare l' adulterio della moglie, e reciprocamente , senza esser necessario per ciò di domandare la separazione personale : dunque può avervi un' azione di cui sia unico e principale oggetto la punizione dell' adulterio (*b*) ; 2.° Egualmente risulta dall' art. 317 † 239 del Cod. civile che gli eredi del marito possono non riconoscere il figlio in tutti quei casi ne' quali lo potrebbe fare il marito, e per conseguenza nel caso di adulterio , ai termini dell' art. 313 † 235: è dunque necessario che essi siano almeno in questo caso ammessi a pruovare l' adulterio ; 3.° in fine Rousseau de la Combe *verbo* separazione part. 1.a n.° 21 riporta una sentenza del 28 marzo 1746, la quale giudicò , che la morte della moglie , avvenuta nell' intervallo del

(*a*) *Nelle osservazioni a questo Titolo e parlando della separazione personale noi vedremo che il legislatore tra noi ha supplito a questo vuoto della legge francese.*

(*b*) *Nella nostra annotazione a quella dell'autore n. 47 p. 78 abbiam parlato dell'adulterio e delle diverse disposizioni delle due leggi su questo oggetto.*

230 casa comune (178); ed in questo caso egli medesimo non
218 è ammesso a domandare la separazione personale per causa di adulterio della moglie. (Cod. pen. art. 336).

231 2.° Per eccessi (179), sevizie (180) o ingiurie gra-
220 vi (181) dell' un dei conjugi verso dell' altro.

232 3.° Per condanna di uno di essi a pena infamante.
221

Come la domanda per separazione personale debb' esser fatta, istrutta e giudicata?

Allorchè la separazione personale è chiesta in seguito di condanna di uno de' conjugi a pena infamante (182),

---

giudizio di separazione, non impediva agli eredi il proseguirlo, poichè essi erano interessati a far decidere sugl' interessi dotali, che decorrono dal giorno della domanda quando la separazione viene pronunciata; mentre non sono essi dovuti che dal giorno della morte nel caso contrario. Or qual paragone fra un interesse così modico, e quello che possono avere gli eredi del conjuge attore per far rivocare le donazioni?

Nota. Il Codice prussiano, art. 827, permette espressamente agli eredi del conjuge attore di proseguire l' azione di dovorzio relativamente agli effetti pecuniarj solamente.

Del rimanente, ciò che noi diciamo degli eredi del marito debbe applicarsi egualmente a quelli della moglie, quando la separazione sia stata da lei domandata.

(178) Non è necessario che sia nel domicilio comune; basta che sia nella casa, o nell' abitazione comune; per esempio, in una casa di campagna ove i conjugi fossero a villeggiare: come basta che sia nel domicilio comune, quand' anche la moglie non vi risedesse attualmente. Può avvenire che precisamente la presenza della concubina l'abbia impedito di dimorarvi. Così, e con ragione, fu giudicato in Orleans il 15 agosto 1820, (Sirey, 1821, 2. par. p. 134) ed in cassazione il 21 dicembre 1818 e 27 gennajo 1819. (Ivi, 1819, 1. par. p. 164).

(179) Per queste parole debbons' intendere principalmente gli atti che possono porre in pericolo la vita del conjuge.

(180) Cattivi trattamenti personali, e soprattutto continuati: altrimenti, se fosse un semplice impeto di vavacità.

(181) Oltraggi, diffamazione: ma bene inteso che per ciò che riguarda le sevizie o ingiurie tutto è relativo. Tale atto sarebbe sevizia o grave ingiuria riguardo ad una persona di un grado elevato, e non lo sarebbe riguardo ad una persona di condizione inferiore.

(182) Noi abbiamo più addietro osservato ciò che bisogna intendere sotto questa espressione; ma riflettete: 1.° Esser d' uopo che la condanna sia posteriore al matrimonio; se fosse stata anteriore e cognita, il conjuge innocente dovrebbe imputare a se stesso l' aver contratto un simile matrimonio, e sarebbe in conseguenza non ammissibile

*

la sola formalità da osservarsi consiste nel presentare al tribunale civile del domicilio comune una copia informe della sentenza di condanna, con un certificato della corte criminale indicante che tal sentenza non è più suscettiva di essere rivocata con alcun mezzo legale (183). Dietro la presentazione di questi documenti, il tribunale pronunzia la separazione. 261 T.

Per qualunque altra causa, la domanda s' introduce con una istanza che il conjuge attore presenta al tribunale civile (184) del domicilio comune, la quale contiene sommariamente i fatti, ed a' cui sono uniti i documenti giustificavi, se ve n' abbia. Pr. 875 *953*

Se alcuni dei fatti allegati possono dar luogo a procedura criminale per parte del pubblico ministero, la domanda di separazione rimane sospesa fino a che il giu-

---

a domandar la separazione per questa causa. 2.° Che non si tratta qui d' una pena portante morte civile; altrimenti il matrimonio sarebbe disciolto di pieno dritto coll' esecuzione della condanna, ed inutile diverrebbe la domanda di separazione: ma ved. la seg. nota 183.

(183) Se dunque il giudizio è in contumacia, la separazione non può esser pronunciata che dopo venti anni da decorrere dalla data della sentenza. (Cod. d' istruz. crim. art. 476 e 635) *Vedete* la nota 287 nella pag. 147.

Egli è certo che le parole *per le vie legali*, le quali si trovano nell' art. 261 † T, non possono altrimente intendersi che nel senso già enunciato. Fa d' uopo intanto convenire che questa disposizione, molto saggia e ragionevole quando trattavasi del divorzio che scioglieva il legame matrimoniale, e che in conseguenza non doveva essere pronunciato che con la più grande circospezione, va forse soggetta a qualche inconveniente applicandola alla dimanda di separazione. A me sembra che la separazione potrebbe esser pronunciata sia immediatamente dopo il giudizio di contumacia, sia all' estinzione di un termine qualunque, ma molto breve, dopo il detto giudizio, salvo a statuire che la sentenza di separazione cesserà di avere il suo effetto, se il conjuge condannato si presenta prima de' venti anni, e che in virtù del nuovo giudizio egli venga assoluto o condannato ad una pena la quale non fosse nè afflittiva nè infamante (*a*).

(184) E ciò quand' anche i fatti allegati potessero dar luogo ad un' azione criminale. I tribunali criminali non sono affatto competenti a pronunciare, anche incidentemente, sopra una domanda di separazione.

(*a*) *Quel che il nostro autore desiderava si è già ottenuto presso di noi. Dopo la dichiarazione di contumacia ha luogo l'annotazione nell' albo pubblico de' rei assenti di cui abbiam esaminato gli effetti. Essa dunque dà luogo alla separazione personale. Vedi le osserv. al Tit. II. §. IV.*

235 T. dizio criminale non sia compito, senza che per altro a ragion di esso, qualunque siasi, possa opporsi all'attore alcuna eccezione pregiudiziale allorchè riprende l'azione (185).

Pr. 876 *954* Se non si dà luogo all' azione criminale, il presidente assegna le parti a comparire innanzi a lui un giorno indicato; nel quale egli fa ai due conjugi (186) che son tenuti di comparire personalmente senza consulenti e patrocinatori, le ammonizioni proprie ad operare un accomodamento (187); se non può riuscirvi, ne fa menzione in Pr. 877 *956* una seconda ordinanza che rinvia le parti a provvedersi senza precedente citazione all' ufficio di conciliazione, ed autorizza (188) la moglie ad agire per la domanda, a ritirarsi temporaneamente nella casa convenuta tra le parti Pr. 878 *957* o indicata di ufficio, ed a farsi consegnare le cose necessarie all' uso suo giornaliero. Se vi è una domanda di provvisione, è rinviata all' udienza.

L' affare del rimanente è istrutto come all' ordinario (189), e giudicato sulle conclusioni del ministero pub-

---

(185) Il conjuge colpevole può andar assoluto dall' accusa criminale, ed intanto la sua colpa essere assai grave per fare ammettere la separazione.

Ma quale sarà l' effetto del giudizio criminale nel caso contrario, cioè se fu condannato il reo convenuto? Il fatto debb' essere allora riguardato come certo, e 'l tribunale civile non avrà più ad esaminare se esista o no, ma solamente se tale esso sia che possa far pronunciare la separazione. In tutt' i casi se la condanna è infamante, basterà a far ammettere la detta separazione, se la condanna non può riformarsi.

(186) O al conjuge attore solamente, se il convenuto non comparisca. (Arg. tratto dall' art. 239 T.) Ed in fatti le parole dell' art. 877 † 955 del Codice di procedura *saran tenuti di comparire di persona*, non significano che il reo è assolutamente tenuto a comparire (qual via si potrebbe prendere per costringervelo?) ma che s'egli comparisce debbe farlo di persona senza patrocinatore nè consulente.

(187) La separazione personale essendo contraria all' essenza del matrimonio, si è dovuto prima di pronunciarla, prendere tutte le misure possibili per giungere a riconciliare i due conjugi.

(188) Qui occorre un' autorizzazione, poichè la separazione non tende a disciogliere il matrimonio. Bisogna dunque supplire all' autorizzazione maritale con quella del giudice. Si è dovuto, del rimanente, sopprimere in questo caso la preliminare conciliazione innanzi al giudice di pace, poichè ebbe luogo innanzi al presidente.

(189) Salve le modificazioni che seguono. È qui il caso di far co-

blico, osservando che se v' è informazione, i domestici (190) delle parti e i loro parenti, tranne i lor discendenti (191), non possono essere ricusati (192) a motivo di parentela o di domesticità (193), salvo al tribunale di avere quel riguardo che sia di ragione alle loro deposizioni.

Pr. 879 957 251 T.

Se il convenuto pretende che vi è stata riconcilia-

---

noscere i motivi che ci han determinati ad applicare alla separazione personale molte disposizioni messe nel Codice sotto la rubrica del divorzio. Noi abbiam veduto che risultava chiaramente dalla discussione ch' ebbe luogo al Consiglio di stato, che ammettendo la separazione personale parallelamente al divorzio, il legislatore non aveva avuto altro motivo che di venire in soccorso de' conjugi la coscienza de' quali si fosse opposta al divorzio. Non vi avrebbero dunque dovuto essere altre differenze fra queste due strade che quelle risultanti dal poter l' una sciogliere il matrimonio, mentre l' altra lo lasciava sussistere. Ma sotto tutti i rimanenti rapporti, gli effetti dovevano essere assolutamente gli stessi, e quel che lo pruovava si è che l'art. 1518 † T suppone come principio stabilito dalla legge che le donazioni sono rivocate colla separazione personale: or altri articoli non vi erano relativi a questa rivocazione che il 299 e il 300 † 228 e 229 situati nel cap. *degli effetti del divorzio*. Il legislatore aveva dunque pensato che tutte le disposizioni relative al divorzio dovevano essere di fatto applicate alla separazione personale, tranne quelle le quali avevano un rapporto necessario con lo scioglimento del matrimonio. In secondo luogo; e questa ragione mi pareva perentoria, la separazione personale essendo stata stabilita unicamente perchè non venisse violentata la coscienza del conjuge, l' oggetto della legge sarebbe intieramente mancato, se la separazione non avesse presentate le stesse facilità, gli stessi risultamenti del divorzio, salvo lo scioglimento del matrimonio, e le regole di procedura particolari allo stesso divorzio.

Tali sono le ragioni le quali prima della legge dell' abolizione del divorzio, mi avevano determinato a pensare che una gran parte delle disposizioni al medesimo attinenti dovevano applicarsi alla separazione personale; e per le stesse ragioni io credo dover essere lo stesso ora che il divorzio è abolito, sino ad una contraria decisione del legislatore, poichè altrimenti s' incontrerebbero spessissimo infiniti casi pe' quali non vi sarebbe alcuna disposizione legale.

(190) Nei casi di dimanda di separazione personale, i domestici sono in qualche modo testimonj necessarj, e sovente i soli.

(191) Io credo che i discendenti sono non solamente ricusabili, ma ancora che non possano essere intesi. Non si può certamente ammetterli a deporre contro il di loro padre e la di loro madre.

(192) Ricusare un testimonio, è allegare i mezzi che si credono proprj a far rigettare la sua deposizione.

(193) Ma essi lo potranno essere per altra causa, per es. se siano stati condannati ad una pena afflittiva o infamante. (Ved. l' art. 283 † 378 del Cod. di procedura).

274 zione dopo i fatti che danno luogo alla domanda, ei viene
225 ammesso a fornirne la pruova a via di scritture o di te-
272 stimonj nella forma ordinaria, salvo ciò che abbiam detto
223 dei parenti e domestici. Se la riconciliazione è provata, l'attore è dichiarato inammessibile (194): ma se in se-

(194) Qui non si parla d'altra eccezione d'inammessibilità, che della riconciliazione, poichè è effettivamente la principale e la più frequente. Ma ve ne possono essere altre per modo di es., se la moglie che ha abbandonato il domicilio comune, non risieda nella casa prescrittale dal tribunale (art. 269 † T.); se il tribunale sia incompetente; se la separazione vien richiesta dal marito per causa d'adulterio, nell'atto ch'egli stesso sia in tal caso che la separazione personale possa esser domandata contro di lui per la medesima cagione (arg. tratto dall'art. 336 del Cod. pen.) (*a*). Nondimeno, riguardo a quest'ultimo caso, sembra che la Corte di Orleans abbia giudicato il contrario il 16 agosto 1820 (Sirey, 1821, 1. par. p. 134). ed il ricorso contra tale sentenza fu rigettato il 9 maggio 1821 (Ivi, p. 349). Il solo motivo di tali decisioni è stato che questo mezzo d'inammessibilità non è consacrato dal Codice. A me sembra che un tal motivo non dovrebbe esser sufficiente per fare ammettere una dottrina che mi sembra formalmente in opposizione con l'art. 336 del Cod. penale, posteriore al Codice civile.

Notate che alcuna eccezione d'inammessibilità non può aver luogo, allorchè la separazione è richiesta per condanna ad una pena infamante, poichè in virtù dell'art. 261 † T non vi ha procedura alcuna, e che il reo convenuto non è neanche chiamato.

La continuazione della coabitazione dopo la domanda sarebbe una pruova di riconciliazione? No: L'art. 268 † T accorda alla moglie la facoltà di abbandonare il domicilio comune; ma non perciò le ne impone l'obbligo (*b*).

(*a*) *Noi abbiamo di sopra trascritto l'articolo citato ed abbiam fatto osservare in esso che cessa la facoltà che ha il marito di denunziare l'adulterio della moglie quando egli stesso mantenga una concubina nella casa conjugale. Mancata allora la proibizione della legge che vieta ad altri fuorchè a costui di denunziar l'adulterio subentra il procuratore regio che ha nel Codice francese anche in tutti i delitti l'azione pubblica non impedita dalla volontà delle parti. Tra noi si è tolta questa restrizione data al marito; e non si è concesso ad alcun altro tale denunzia senza la quale non è permesso al pubblico ministero di agire, a meno che non si classificasse quel duplice adulterio come un'offesa non dell'individuo in particolare, ma dell'ordine pubblico in generale, giusta l'art. 39 delle nostre Leggi di procedura ne' giudizj penali.*

(*b*) *Si oppone a questo sentimento del nostro autore, e fondatamente a nostro senso, il sig.* Toullier *(l. c. num. 761, e 762). ,, La riconciliazione, dic' egli, è espressa o tacita e presunta. ,, Appartiene alla prudenza de' giudici valutare i fatti che si alle-*

guito sopravviene nuova causa di separazione, ei può non solo intentare una nuova azione, ma eziandio far uso per appoggiarla de' precedenti motivi (195). 273 234

Per evitare l' effetto della connivenza che potrebbe aver luogo tra i conjugi, la sola confessione del reo non è riguardata come pruova sufficiente dei fatti allegati. Pr. 870 948

Delle misure provvisionali cui può dar luogo la domanda per separazion personale.

Queste misure riguardano o i figli nati dal matrimonio, o i conjugi stessi.

Quanto ai figli, siccome la loro situazione in tal circostanza merita il più grande interesse, il legislatore non ha voluto per ciò che li riguarda metter limiti all' autorità del tribunale, che può quindi ordinare sulla doman-

---

La gravidanza della moglie sarebbe una pruova di riconciliazione? Sì, senza dubbio, se sia ella l' attrice. Essa non può pretendere di essere incinta per opera d' altri che del marito. *Nemo auditur suam turpitudinem allegans.* Ma se ella è rea convenuta si apparterrà al tribunale di pronunciare secondo le circostanze. Potrebbe succedere che lungi dall' essere pruova di riconciliazione, questa gravidanza fosse una nuova ingiuria al marito.

(195) Il reo convenuto è tanto più colpevole, ch' egli ha più abusato della pazienza dell' attore.

,, *gano per provare la riconciliazione o la remission dell' offesa. Il*
,, *silenzio sulle prime tenuto dal conjuge offeso non potrebbe consi-*
,, *derarsi come una remission dell' offesa o come una riconciliazione,*
,, *se i cattivi trattamenti, e la mala condotta fossero continuati.*

,, *Ma se fossero intieramente cessati, e che il silenzio si fosse*
,, *prolungato per un anno senza che questo fosse l' effetto di man-*
,, *canza di libertà, sembra che i tribunali cui la legge lascia su*
,, *questo punto sì gran latitudine, dovrebbero estendere a questo*
,, *caso l' eccezione d' inammessibilità stabilita coll' art.* 957 † 882
,, *contra la rivoca delle donazioni per motivo d' ingratitudine, e*
,, *dichiarare la domanda di separazione personale inammessibile per*
,, *la riconciliazione, o remissione tacita dell' ingiuria. Non si può*
,, *riguardar la vita comune come divenuta insopportabile al conjuge*
,, *oltraggiato, quando dopo che l' oltraggio è cessato, ha egli pro-*
,, *seguito ad abitare insieme coll' altro, e serbato il silenzio sul*
,, *passato* ,,.

,, *I dottori danno per esempio del perdono dell' offesa, e d'una*
,, *tacita riconciliazione il caso in cui il marito, conosciuto l' adul-*
,, *terio della moglie, ha ciò non ostante coabitato con essa* ,,.

da (196) sia della madre (197), sia della famiglia, sia pur anche del pubblico ministero, tutto ciò che crederà più loro vantaggioso.

Se nessuna particolar misura viene provocata a questo riguardo, è nella natura delle cose che la cura provvisionale dei figli rimanga al marito, attore o convenuto ch'ei sia.

267 T.

Quanto ai conjugi, la debolezza della donna ha dovuto prendersi in considerazione, anche allora che la separazione è domandata contro di lei: ella può dunque pendente l'istruzione lasciar il domicilio del marito (198); ma allora il tribunale destina una casa ov' ella abbia a risedere, e come non è possibile spogliare il marito de' suoi dritti prima del giudizio, e che per altro può accadere che la moglie non abbia modo di provvedere alle spese della lite, e nemmeno alla sua sussistenza (199), il tribunale determina, se vi è luogo, una provvisione

268 T.

---

(196) Qualunque sia la latitudine lasciata al tribunale, fa d'uopo sempre che ne venga richiesto. Esso nulla può ordinare di ufficio.

(197) Non è questione del padre, il quale non può avere veruna domanda da fare a questo riguardo, poichè la cura de' figli gli rimane di dritto, nel caso di silenzio per parte della madre, della famiglia, o del ministero pubblico.

(198) La moglie propriamente non ha bisogno di essere autorizzata dal tribunale per abbandonare il domicilio comune. Ma siccome ella non può lasciarlo che per ritirarsi in una casa indicatale dal tribunale, è sempre obbligata di ricorrere al giudice per ottenerne questa indicazione.

Si è anche deciso, e con ragione, dalla Corte reale di Parigi il 15 dicembre 1810 (Sirey, 1811, 2. par. p. 435) che il tribunale di prima istanza non aveva potuto autorizzare la moglie a risedere in un luogo situato fuori del circondario. Conviene però che la moglie risegga ad una distanza tale che il marito possa invigilar su di lei; per esempio, assicurarsi ch' essa effettivamente dimori nella casa che le venne assegnata, ec.

Se la moglie non abbandonasse il domicilio comune, il marito potrebbe mai farla condannare a ritirarsi? Io credo che si, ove fosse da temersi, tanto per la situazione attuale del marito, quanto per altre circostanze, che l' abitazione comune lo esponesse a qualche pericolo.

(199) Per modo di esempio, s'ella è maritata in comunione di beni, o sotto la clausola di non comunione; il che produce a suo riguardo l' effetto stesso. Altrimenti, se fosse separata di beni, o maritata con la regola dotale, e che nell' uno o nell' altro caso ella avesse de' beni proprii.

alimentaria che il marito è obbligato di pagarle (200).

Il permesso di abbandonare il domicilio comune non essendo, come lo dicevamo, accordato alla moglie che a motivo della sua debolezza, e per evitarle il dispiacere di abitar con colui contro del quale ella piatisce per separazione, e non per procacciarle i mezzi di menare una vita disordinata, ella è rigorosamente tenuta di risedere nella casa indicata, e debbe anche giustificare questa residenza tutte le volte che n'è richiesta (201); in mancanza di ciò, non solo il pagamento della provvisione può esserle ricusato, ma benanche, se è attrice, può essere dichiarata inammessibile (202) la sua domanda. 269 T.

---

(200) Ciò sarebbe mai reciproco? Egli è difficile che il marito si trovi in una situazione che renda la reciprocanza necessaria. Di fatti se vi ha comunione, il marito n'è il padrone (art. 1421 † 1396). Se vi ha esclusione della medesima, egli ha il dritto di percepire solo, e per suo profitto tutte le rendite della moglie (art. 1530 † T.). Se vi è separazione di beni, e che non vi sia convenzione relativa ai pesi del matrimonio, la moglie dee contribuirvi sino alla concorrenza del terzo delle sue rendite (art. 1537 † T.); e questo terzo debb'essere rimesso al marito. Egli è lo stesso nel caso in cui i conjugi sono maritati sotto la regola dotale, e quando tutt'i beni della moglie sono parafernali (art. 1575 † 1388). Se siavi stata costituzione di dote, il marito ha il dritto di godere di tutt'i beni, che la compongono (art. 1549 † 1362). Non potrebbe dunque esservi alcuna difficoltà, che nel caso in cui i conjugi essendo separati di beni, o maritati sotto la regola dotale, ma senza costituzione di dote, vi fosse nel contratto del matrimonio una clausola che dispensasse totalmente la moglie di contribuire ai pesi del matrimonio. Ma senza affatto pregiudicare alla validità di questa clausola, non è dubbio che il marito che si troverebbe assolutamente inabile a provvedere alla sua sussistenza, ed alle spese del giudizio, non potesse sia in virtù dell'art. 201, sia per analogia dell'art. 268 † T, obbligare sua moglie a pagargli una pensione fino alla sentenza definitiva.

(201) Si appartiene ad essa di giustificare che risiede nella casa indicata, e non a suo marito di provare ch'essa non vi risieda; sarebbe questo un fatto negativo, *et factum negantis nulla est probatio.*

(202) Si è giudicato dalla Corte di Torino il 12 febbraro 1811, che questa disposizione non si applicava alla domanda di separazione personale. (Sirey, 1811, 2. par. p. 436). Si è deciso parimenti a Bruxelles il 26 dicembre 1811. (*Giornale di giurispr. del Cod. civ.* tom. 18, pag. 96). Io non posso essere del sentimento di queste decisioni. Vi ha parità intera di ragione ne' due casi; e vi ha forse più ragione per la separazione personale, che non discioglie il matrimonio, e che per conseguenza non distrugge in alcun modo l'interesse che il marito può avere onde sua moglie non tenga una condotta sregolata. (Da osservarsi inoltre qui sopra la nota 189 p. 101.

La comunione, quando è stipulata o che ha luogo di dritto, non è disciolta che dal giorno della sentenza definitiva (203): intanto siccome sarebbe da temersi allorchè la separazione è domandata, che il marito cui la legge dà l'amministrazione ed anche la facoltà di disporre dei beni comuni non profittasse della circostanza per dilapidarli o appropriarseli con frode, è permesso alla moglie, attrice o convenuta, di richiedere (204) l'apposizione dei sigilli su i mobili dipendenti dalla comunione (205). Quest' atto es-

---

(203) Ciò può sembrare contrario all' articolo 1445 † 1409 portante che la sentenza la quale pronunzia la separazione de' beni sia retroattiva quanto ai suoi effetti, sino al giorno della dimanda; d'onde siegue che, ove la separazione venga pronunziata, si reputa sciolta la comunione sin dal giorno della domanda. Ma bisogna dire che quest' articolo non sia applicabile che al caso in cui la separazione dei beni sia domandata con azione principale, e non nel caso in cui essa risulta dalla separazione personale. Argomento tratto dall' art. 271 † T, che prova bene durar la comunione durante il giudizio; ed effettivamente tal differenza è ragionevole. La separazione de' beni non è mai domandata che per causa del cattivo stato degli affari del marito, che per lo più proviene dalla sua cattiva amministrazione. Importa dunque di sottrarre il più presto possibile la comunione dalle sue mani. Lo stesso motivo non esiste nella separazione personale; e si è pensato che si fosse abbastanza provveduto agl'interessi della moglie colle disposizioni degli articoli 270 e 271 † T.

Ed in fatti, secondo il principio che la comunione dura sino alla sentenza, giudicossi dalla corte di Angers nel 16 luglio 1817 (Sirey, 1818, par. 2. p. 143), che durante il giudizio della separazione personale, il marito che pretende di aver la sua moglie nel ritirarsi altrove spogliato la comunione, avea potuto senz' autorizzazione far apporre i suggelli nel suo nuovo domicilio, e ch'egli avea potuto egualmente, ma per legittime ragioni, far togliere i suggelli apposti sui beni d' una successione scaduta alla sua moglie.

(204) Dunque i suggelli vengono apposti sulla sola istanza della moglie, senza cognizione di causa, e senza bisogno dell'autorizzazione del tribunale. Sarebbe da temersi che durante il tempo necessario per tutto ciò, il marito non riuscisse a sottrarre ogni cosa.

La moglie potrebbe opporsi alla disuggellazione, o domandare il sequestro de' frutti degl' immobili? Nello stretto dritto, io non lo credo: basta che il marito ne risponda come un custode giudiziale. Se però si allegassero fatti probabili di dissipazione, o di cattiva condotta, io penso che il tribunale potrebbe *ex aequo et bono* prendere tutte le misure necessarie per la conservazione de' dritti della moglie. (Arg. tratto dall' art. 271 † T). Così giudicato a Metz il 23 giugno 1819 (Sirey, 1819, 2. par. p. 276).

(205) Dee conchiudersi da questa espressione, che la misura non debbe aver luogo che nel caso in cui i conjugi sono maritati sotto la

sendo puramente conservativo, può aver luogo in qualunque stato di causa, ma solamente dopo la prima ordinanza di presentazione delle parti (206), di cui parla l'art. 876 del Codice di procedura.

Pr. 876 954

I sigilli non possono essere tolti che con inventario ed apprezzo, ed inoltre a carico del marito di ripresentare gli effetti inventariati, o di guarentirne il valore come custode giudiziale (207).

270 T.

Quanto agl' immobili che dipendono dalla stessa comunione, per la ragione medesima non si può lasciare al marito il dritto di disporne indefinitivamente. Quindi l' art. 271 pronunzia la nullità di qualunque alienazione de' detti immobili da lui fatta in frode dei dritti della moglie (208), dopo l'ordinanza sopra mentovata.

---

regola della comunione? Io credo che debba essere lo stesso, se siano maritati sotto la regola dotale, e che vi sia fra di loro una società per gli acquisti; questa è una vera comunione (art. 1581 † 1394.

(206) Poichè è il momento in cui comincia la procedura ad essere contraddittoria, e conosciuta in conseguenza dal marito.

(207) L' effetto di questa disposizione è di renderlo soggetto all'arresto personale (art. 2060 † 1934). *Quid* s' egli non voglia prendere questa qualità? I suggelli non saranno tolti.

Ma il marito, costituito custode giudiziale, può alienare gli oggetti inventariati, salvo però a dover rispondere del loro valore? Fu deciso negativamente a Bruxelles il 30 agosto 1808 (Sirey, 1809, 2. par. p. 47). Io credo che la soluzione di tal quesito, dipenda dal modo con cui esso vien proposto. Di fatti, ove s' intenda porre in questione se il marito ha il dritto di vendere, la negativa non mi sembra dubbiosa; ma se pretendesi che la vendita sia talmente nulla che la moglie possa rivindicar la cosa venduta contro i terzi di buona fede, io sostengo fermamente di no, fondato su due principj, cioè che i mobili non portano ipoteca, e che in materia di mobili il possesso equivale al titolo, principj consacrati dall'art. 1141 † 1095, salvo in questo caso il regresso della moglie contro il marito.

In tutt'i casi, io credo che questi può, con cognizione di causa, farsi autorizzare a vendere in tutto o in parte gli oggetti compresi nell' inventario; per modo di esempio gli oggetti facili a deperire, o di una conservazione difficile, o dispendiosa; del pari, s'egli faccia un negozio, è d' uopo ch' egli continui a vendere le mercanzie.

(208) Fa d'uopo che vi sia frode de' dritti della moglie: ciò che pruova che la nullità è stabilita soltanto nell' interesse di lei, e ch' ella può domandarla.

Del rimanente, perchè vi abbia frode, e per conseguenza azione di nullità, bisogna che vi sia *consilium et eventus*: *consilium*, cioè a dire l'intenzione per parte del marito di pregiudicare agl' interessi della moglie; *eventus*, cioè che la moglie abbia sofferto realmente un danno.

271 T. La stessa nullità ha luogo riguardo alle obbligazioni contratte in frode (209) dopo l'epoca istessa a carico della comunione (210).

Degli effetti della separazione personale.

Questi effetti sono relativi ai conjugi stessi o ai figli nati dal matrimonio.

Degli effetti della separazione relativamente ai conjugi

Questi effetti sono:

1. Come l'abbiam detto, di dare al conjuge che l'ha ottenuta, il dritto di avere un'abitazione separata, senza l'obbligo di ricevervi l'altro conjuge.

2. Che il convenuto perde tutti gli utili (211) che

---

(209) La stessa osservazione che nella nota precedente.

(210) Sarebbe stato da desiderarsi per l'esecuzione di queste disposizioni, che si fosse quì applicata quella dell' art. 958 † 883, cioè che si fosse autorizata la moglie a prendere iscrizione su i beni della comunione, immediatamente dopo l'ordine di comparire. Come di fatti i terzi possono essere avvertiti dell' incapacità imposta al marito col presente articolo? Io penso, del resto, che l'azione rivocatoria la quale vien quì accordata alla moglie può essere paragonata all' azione Pauliana dei Romani, e che in conseguenza bisogna ammettere la distinzione della legge 5 Cod. *de revoc. his quae in fraudem credit.* consacrata dall'art. 444 † 436 del Codice di commercio. Se l'acquirente è a titolo oneroso, come un compratore, un permutatore, l'alienazione non può essere annullata che quando sarà provato esser egli complice della frode; cioè che conosceva al momento dell' acquisto la situazione del marito, e la procedura diretta contro di lui. Ma se egli è a titolo gratuito, come un donatario, basterà che vi sia della frode da parte del marito affinchè l'alienazione sia annullata. Per conoscere i motivi di questa distinzione, *vedete* le note sul Tit. *delle obbligazioni convenzionali.*

(211) Egli non perde che gli utili, ma non mai la sua porzione nella comunione; nè la dote, se sia la moglie. Anticamente, la moglie convinta di adulterio decadeva dal dritto di ripetere la sua dote, l'assegnamento vedovile e tutte le sue convenzioni nuziali. Sopra di ciò vi era una ragione che non più esiste attualmente, cioè che la moglie in questo caso era condannata alla pena dell'autentica, ordinariamente perpetua, e che conseguentemente le impediva di rimaritarsi. Oggi la pena dell' adulterio è temporanea, e forse anche di troppo breve durata, e la donna può rimaritarsi dopo averla subita, se suo marito venga a morir prima di lei.

gli ha accordato l' altro conjuge, sia prima sia dopo il matrimonio (212); questi conserva al contrario tutti quelli 299 228

Si è preteso che le disposizioni degli articoli 299 e 300 † 228 e 229, essendo penali, dovean essere ristrette ai casi pe' quali furon esse fatte, vale a dire al caso del divorzio. Ma si è di già risposto a questa obbiezione nella nota 189. p. 101. D'altronde, come si è osservato, l'art. 1518 † T suppone ad evidenza il contrario; e tal quistione essendosi presentata alla Corte di Agen nel 1 maggio 1821, vi fu decisa in questo senso: essa venne pur giudicata nello stesso modo dalla Corte di Colmar nel 26 giugno 1817 (Sirey, 1821, par. 2, p. 325), e da quella di Parigi nell' 1823 (*ivi*, 1823, p. 234). Ciò non ostante la Corte di cassazione col suo arresto del 17 giugno 1822 (*Bull.* n.° 50), cassò una decisione della Corte di Metz che avea giudicato come quelle di Agen e di Colmar; ed essa decise pure lo stesso nel 19 agosto 1823 (*Bull.* n.° 94). Ma io confesso di non aver trovato ne' motivi di questi arresti alcuna risposta alle ragioni che furono dedotte in favore dell' opinione che abbiamo qui sostenuta, e che mi sembra la sola ragionevole. Si rileva in fatti che la Corte di cassazione per tirarsi fuori dall' argomento perentorio risultante dall' articolo 1518, ha preteso che quest' articolo non parlando che della prededuzione (*preciput*) non dovea esser esteso alle altre donazioni tra' conjugi. Ma questa risposta potrebbe tutto al più essere ammessa, se quest' articolo avesse per oggetto di ordinare la rivoca della prededuzione nel caso della separazione personale: e si potrebbe concluderne che la legge non avendo pronunziata la stessa rivocazione riguardo alle altre donazioni, i tribunali non aveano dritto di supplire al suo silenzio. Ma la cosa non è così. L'art. 1518 non ordina la rivocazione, esso la suppone esistente e pronunziata con altre disposizioni; ed esso stabilisce soltanto il modo come eseguirsi. Ora supponendo questa rivocazione di già pronunziata con altre disposizioni, il legislatore non ha potuto aver in mira che gli articoli 299 e 300 † 228 e 230. Dunque ha egli pensato che questi articoli fossero applicabili alla separazione personale non meno che al divorzio.

(212) Non è che le donazioni fatte fra conjugi durante il matrimonio sieno irrevocabili. Poichè al contrario esse sono essenzialmente rivocabili (art. 1096 † 1050). Ma qui il donatore non avrà neppur bisogno di rivocarle; esse sono rivocate di pieno dritto. Invano direbbesi che il conjuge donante potendo rivocarle, e non avendolo fatto, esse debbon sempre sussistere. Infatti si può rispondere che le disposizioni testamentarie per loro essenza sono rivocabili, e che quantunque il testatore non le abbia rivocate, nondimeno lo sono per causa d'ingratitudine, art. 1046 † 1001.

Quid, riguardo alle donazioni che fossero state fatte al conjuge reo convenuto dai parenti del conjuge attore, sia col contratto di matrimonio, sia dopo del contratto? Io credo ch' esse siano egualmente rivocate. Argomento tratto dall' art. 1113 † 1067, il quale riguarda come causa di nullità del contratto la violenza esercitata sugli ascendenti ed i discendenti della parte contraente; ciò che non può esser fondato che sul reputarsi gli oltraggi fatti a queste persone, come

300 accordatigli dal conjuge reo convenuto (213), quand'an-
229 che fossero stati stipulati per reciprocanza; osservando però che non può esercitare i dritti di sopravvivenza, se non all' epoca in cui avrebbero potuto essere esercitati ove
1452 non vi fosse stata separazione, vale a dire alla morte na-
1416 turale o civile dell' altro conjuge (214).

---

fatti a noi stessi. D'altronde nella detta ipotesi, questi utili debbono essere sempre riputati fatti in considerazione sia del matrimonio, sia dell'altro conjuge; e sotto l'uno e l' altro rapporto essi debbono essere rivocati colla separazione personale; ed io penso che ciò debbe aver luogo tanto maggiormente in tutt' i casi nei quali il conjuge attore è erede del donante.

Del resto bisogna notare che tutte le rivocazioni le quali possono aver luogo non pregiudicano in alcun modo ai dritti acquistati dai terzi. V'è qui una specie d'azione d'ingratitudine; ed a'termini dell'art. 958 † 883, la rivocazione per questa causa non può pregiudicare nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali ch' egli ha potuto imporre sugli oggetti donati anteriormente alla rivoca.

(213) Sia per contratto di matrimonio, sia dopo del matrimonio; con questa differenza, che le donazioni fatte ai conjugi dopo del medesimo essendo, come lo abbiam detto, essenzialmente rivocabili il conjuge convenuto conserva il dritto di rivocarle. Si è voluto pretendere il contrario, ed appoggiarsi a questo riguardo sull' art. 300 † 229 che sembra decidere indistintamente che il conjuge attore conserva tutti gli utili che gli sono stati conceduti. Ma bisogna osservare che all'epoca in cui si adottò l'art. 300 il Tit. *delle donazioni fra vivi e de'testamenti* non era ancora disteso: s' ignorava dunque se si conserverebbero le disposizioni del dritto antico, le quali proibivano le donazioni fra i conjugi, ad eccezione del donativo scambievole, il quale non era rivocabile che per consenso di ambedue le parti. Non si può dunque dire che l' art. 300 ebbe in mira le donazioni di cui è quistione nell' art. 1096 † 1050. D'altronde, cosa vuole intendere l'art. 300 quando dice, che il conjuge attore conserva gli utili? niente altro che questi utili non sono rivocati di pieno dritto, come quelli accordati al conjuge reo convenuto; ma s' egli li conserva, li dee conservare nello stesso stato, e con le stesse condizioni che per lo innanzi. Or per lo innanzi essi erano rivocabili, dunque dovevano continuare ad esser tali. Noi vediamo in fatti in più disposizioni essere stata mente del legislatore che la separazione personale non potesse nuocere a colui che l'avesse ottenuta, ma non vediamo in niun luogo ch'egli abbia voluto che questi ne profittasse. Del resto ciò è conforme al dritto romano di cui abbiamo adottato le principali disposizioni relativamente alle donazioni fra marito e moglie, le quali in Roma erano anche rivocate di pieno dritto per mezzo del divorzio, senza distinzione fra i conjugi (L. 62, §. 1. ff. *de donat. inter vir. et ux.*; L. 18 Cod. *eodem*).

(214) Per conseguenza, in caso di premorienza del conjuge che ha ottenuto la separazione, gli utili di sopravvivenza non hanno luogo.

3. Di produrre sempre la separazione di beni; in conseguenza il giudicato che la pronunzia è sottoposto alle stesse formalità di quello che pronunzia semplicemente la separazione di beni. Vedremo al Titolo *del contratto di matrimonio*, con quali formalità e sotto quali condizioni può essere ristabilita la comunione in caso di riconciliazione tra i conjugi.

311 T. Pr. 880 958 1451 1415

4. Che se al conjuge attore (215) non rimanesse una rendita sufficiente alla di lui sussistenza (216), può farsi aggiudicare su i beni dell' altro una pensione proporzionata ai proprj bisogni ed alle facoltà di quello.

301 230

5. Finalmente che se la separazione è pronunziata contra la moglie per causa di adulterio (217), ella debb' essere ad istanza del pubblico ministero (218) condannata con la sentenza istessa (219) alla reclusione in una casa di correzione, per un tempo che non può essere minore di tre mesi, nè eccedere due anni (220); ma il

308 226

---

(215) *Quid* riguardo al conjuge convenuto? Come la separazione personale non discioglie il legame matrimoniale, e che i torti di uno de' conjugi non possono intieramente annientare le obbligazioni contratte verso di lui dall' altro conjuge, io penso che se il reo è realmente nel bisogno, l' attore può essere costretto di fornirgli degli alimenti; ma è chiaro che i giudici debbono in questo caso dimostrarsi più severi, sia riguardo alla concessione della pensione in se stessa, sia riguardo alla determinazione della somma (*a*).

(216) *Quid*, se il bisogno non sopravviene che dopo la sentenza la quale ha pronunciato la separazione personale? Dietro ciò ch'è stato detto nella nota precedente, ed a maggior ragione, il conjuge attore ha il dritto in questo caso di chiedere gli alimenti all' altro.

(217) Noi abbiamo già fatto conoscere perchè l'adulterio della moglie è punito più severamente di quello del marito.

(218) In tal modo, quando il marito non facesse istanza per l'applicazione della pena, la moglie non dovrebbe meno esser condannata.

(219) E per conseguenza dal tribunale civile.

(220) Si è lasciato un largo campo ai giudici, onde potessero distinguere la semplice debolezza dallo sregolamento abituale.

(a) Aggiunge qui saggiamente il Toullier *(l. c., num. 780) che il dovere di prestarsi gli alimenti è essenzialmente unito al titolo di conjuge, titolo non annullato dalle vicende della separazione che turbano la conjugale unione senza distruggerne il vincolo. Vi resta l' onore dovuto al nome di marito e di moglie; questa continua a portar il nome del suo consorte, e 'l Codice che ha ordinato dover i conjugi vicendevolmente soccorrersi, assistersi, accorrere a tutti i bisogni della vita, non ha fatta alcuna eccezione nel caso della separazione personale, e sarebbe un eccesso di potere il supplire un'eccezione che non è nella legge.*

309 marito può sempre sospendere l'effetto della condanna
227 consentendo a ripigliar la moglie (221).

Osservate 1.° che ai termini dell'art. 338 del Cod. pen. il complice della moglie adultera può esser punito con prigionia di tre mesi a due anni, e con ammenda di 100 franchi a 2000: ma che le sole pruove le quali possano essere ammesse contro di lui sono, oltre la flagranza del delitto, quelle che risultano dalle lettere, o altri documenti scritti dal prevenuto. Ma questa disposizione si applica al complice, e non alla moglie, di cui il delitto può essere pruovato in tutte le maniere ammesse pei delitti ordinarj.

2.° Che a' termini dell'art. 339 dello stesso Codice, il marito convinto sulla lagnanza di sua moglie di aver mantenuta una concubina nella casa conjugale, è punito con un'ammenda di 100 a 2000 franchi.

3.° Che vi ha questa differenza fra la moglie adultera e'l suo complice, che costui non essendo e non potendo esser parte nell'istanza di separazione, non può esser condannato con lo stesso giudizio che il conjuge adultero. Bisognerà dunque agire contro di lui per via di polizia correzionale, e con appello, se vi ha luogo, alla Corte reale.

Il conjuge adultero potrebbe essere perseguitato in giudizio nella stessa maniera? o in altri termini, il conjuge innocente potrebb'intentare contro l'altro un'accusa di adulterio senza domandare la separazione personale? L'affermativa sembra risultare dagli art. 336, 337, e 339 del Cod. pen. Di fatti l'art. 336 dice, che l'adulterio della moglie non può esser denunciato che dal marito: or questa disposizione sarebbe inutile assolutamente, se non potesse esser denunciato che formando la domanda di separazione; perchè qual bisogno vi era di dire che il marito poteva solo formare questa domanda? In secondo luogo, l'art. 339 parla di querela da presentarsi dalla moglie contro il marito adultero: or la parola *querela* non può applicarsi che ad una procedura criminale (*a*).

(221) Ma in questo caso, le donazioni rivocate tornano in vigore per l'effetto della riconciliazione? Io non lo credo nel dritto attuale. Di fatti una donazione fra particolari non conjugi riviverebbe forse per effetto della riconciliazione, se fosse stata una volta rivocata per causa d'ingratitudine con un giudizio formale? No senza dubbio. Ebbene, perchè la rivocazione della legge non avrebbe il medesimo ef-

(*a*) *Noi abbiamo di sopra analizzati questi articoli del Codice penale posti al confronto de' nostri, ed abbiam vista risoluta questa quistione tra noi, potendosi fare e 'l giudizio civile di separazione, ed il penale per l'adulterio, colla spiega che la pena inflitta in un giudizio impedisce l'applicazione dell'altra in altro giudizio. Ma si domanda 1. se la moglie assoluta nel giudizio penale possa esser chiamata nel giudizio civile per la sola separazione, poichè l'art. 327 delle Leggi penali non altro proibisce se non il sottoporsi la medesima ad una pena. 2. Se questa eccezione che la legge penale accorda alla sola moglie possa estendersi al marito assoluto coll'imputargli il mantenimento della concubina nella casa conjugale. Noi ci facciamo un dovere di attenderne la soluzione dai tribunali.*

Degli effetti della separazione personale relativamente ai figli nati dal matrimonio.

Questi effetti sono:

1. Che i figli conservano tutti gli utili loro assicurati dalla legge o dalle convenzioni matrimoniali dei loro genitori, ma non possono esercitarli che nella maniera e nelle circostanze in cui vi sarebbe fatto luogo, ove non fosse avvenuta la separazione. 304 *T.*

2. Che debbono essere affidati al conjuge attore. Per altro, siccome il tribunale dee, secondo che l'abbiam detto, ricercare sempre ciò che può esser loro più vantaggioso, sulla domanda sia della famiglia (222) sia del pubblico ministero, può esso ordinare che tutti o alcuno di essi sieno confidati alle cure dell'altro conjuge o anche di un terzo (223); senza pregiudizio del dritto che hanno in tutti i casi il padre e la madre di vegliare sul mantenimento e l'educazione de' medesimi, con obbligo di contribuirvi in proporzione delle loro sostanze. 302 *232* 323 *233*

---

fetto di quella pronunciata dal giudice? D'altronde risulta dall'art. 1451 † 1415 che la comunione stessa non è stata ristabilita di pieno dritto per mezzo della riconciliazione; tanto maggiormente non possono esserlo le donazioni. Ma se la donazione fatta primitivamente col contratto di matrimonio è rinnovata, riprenderà essa il carattere di donazione per contratto, o quello di donazione fatta durante il contratto di matrimonio? se le applicherà forse l'art. 1096 † 1050 o l'art. 1395 † 1349? in una parola sarà essa o no irrevocabile? Io credo che sia revocabile. Ciò che qui si chiama rinnovamento di donazione, è piuttosto una donazione novella; essa ne ha tutt'i caratteri; *liberalitas, nullo jure cogente, facta*: essa è fatta durante il matrimonio; dunque è rivocabile. D'altronde, tutt'i motivi che hanno fatto adottare l'art. 1096 si applicano a questo caso. (Vedete qui appresso Lib. 3 Tit. 4 cap. 6 sez. 2).

(222) Il parere della famiglia debb'essere in questo caso motivato? Giudicossi per la negativa della Corte di Parigi nell'11 dicembre 1821 (Sirey, 1822, par. 2. p. 161). Ed in fatti dee osservarsi in questa operazione lo stesso che nella nomina di un tutore. Il consiglio di famiglia non dee alcun conto delle ragioni che han determinata la sua scelta.

(223) In questo caso il conjuge, o il terzo al quale i figli verranno consegnati, ne sarà egli il tutore? Io porto avviso che si. In verità il Codice formalmente nol dice; ma l'articolo dicendo i *figli saranno affidati a ec.* concede evidentemente a colui, o a colei cui

Sezione II.

Degli effetti del matrimonio relativi allo stato dei figli.

Il matrimonio ha due effetti relativi allo stato dei figli:

Il primo si è di dar lo stato ed i dritti di figli legittimi a quelli che ne sono nati;

Il secondo di legittimare egualmente in certi casi i figli provvenienti dal commercio che i conjugi abbian potuto avere insieme prima del matrimonio: il che si chiama *legittimazione per susseguente matrimonio.*

§. I.

Della legittimità dei figli nati dal matrimonio.

Il principio generale relativamente a questa legitti-

son essi affidati, la cura delle loro persone. Questa cura porta seco ordinariamente l' amministrazione de' beni: *tutor datur personae, rebus vero per consequentias.* Or cos' è la tutela se non la cura della persona e de' beni? D' altronde, l' art. 303 † 233, dice: *i padri, e le madri veglieranno ec.*; il che suppone che un' altra persona sarà incaricata dell' amministrazione, o, ciò ch' è lo stesso, della tutela. Infine l' art. 390 † T. non ha prescritto delle norme per la tutela de' figli fuorchè nel caso di scioglimento di matrimonio per la morte naturale o civile di uno de' conjugi: il che pruova essere stato regolato da altri articoli quel ch' era relativo al caso di separazione; nè può esserlo che dagli art. 302 e 303.

Si oppone a questo sentimento il testo dell'art. 303 il quale porta che i conjugi *conserveranno il dritto di vegliare*, ec., e si conchiude ch' essi conservano non solamente la tutela, ma ancora i dritti della patria potestà. Ma nelle tutele ordinarie, il tutore surrogato non ha forse ei pure il dritto di sorvegliare? Questo impedisce forse che il tutore non sia veramente tutore? In quanto alla patria potestà, noi vedremo più appresso ciò che diviene l' usufrutto legale. (Da vedersi qui in prosieguo di questo vol. la nota 20 del Tit. VIII.). Per ciò che concerne poi la potestà sulla persona ed i mezzi di correzione, io credo che bisogna fare una distinzione. Se i figli siano stati rimessi al padre, egli conserva la patria potestà in tutta la sua estensione; se alla madre, la potestà non può esercitarsi senza il comune consenso de' conjugi; se in fine sono affidati ad un terzo, fa d' uopo dippiù il consenso di lui.

mità si è che a qualunque fanciullo concepito durante il matrimonio è riputato aver per padre il marito, e quindi esser legittimo. 312 234

Si presume concepito (224) durante il matrimonio il fanciullo nato al più presto il cento ottantesimo giorno dopo il matrimonio, ed al più tardi il trecentesimo dopo il suo scioglimento. 314 236 315 237

La presunzione di legittimità lascia dunque di aver luogo riguardo al fanciullo nato prima o dopo tai termini.

È però da farsi una distinzione tra i due casi : il fanciullo nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio è di dritto illegittimo (225), talchè il vizio

---

(224) La natura avendo d' impenetrabile velo coverta l' epoca del concepimento, non si è potuto su quest' oggetto altro stabilire, che una presunzione fondata sul rapporto ch' esiste necessariamente fra quest' epoca e quella della nascita considerata ne' suoi due estremi, cioè secondo il termine più breve, e 'l termine più lungo della gravidanza.

(225) Dice l' art. 315 † 237 che in questo caso *la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio potrà essere impugnata.* Una simile redazione ha dato luogo a due questioni : la 1. è quella di sapere se l' articolo sarebbe applicabile ad un fanciullo nato il 300.mo giorno dopo lo scioglimento del matrimonio, o, in altri termini, se bisogna un intervallo di 299, o di 300 giorni fra 'l giorno dello scioglimento e quello della nascita, onde sia illegittimo il figlio. Se si applicasse a questo caso la disposizione dell' art. 1033 † 1109 del Codice di procedura, egli è certo che sarebbe d' uopo d'un intervallo di trecento giorni. Ma si può convenevolmente fare una tale applicazione? E qual analogia può esservi fra una regola di procedura, ed una disposizione che determina il tempo più lungo della gravidanza? Noi d' altronde vediamo nella discussione, non essere stato se non per effetto di un favore estremo che il tempo della gravidanza siasi prolungato nell' art. 315 sino a trecento giorni : ma v' ha pure un termine al favore, ed in particolare in una simile circostanza, in cui certamente la presunzione morale è per l' illegittimità. Vediamo dunque se in qualche altro articolo del Codice troveremo una ragione che vaglia a sciogliere il nodo.

L' art. 312 † 234 dice che il padre può negare di riconoscere il figlio, se pruova che durante il tempo trascorso dal 300.mo al 180.mo giorno prima della nascita del figlio vi sia stata impossibilità di coabitazione. Dunque basta che l' impossibilità sia incominciata nel corso del 300.mo giorno che ha preceduto la nascita ; dunque fa d' uopo di un intervallo di 299 giorni.

Notiamo inoltre che nella stessa discussione era stato deciso il termine il più breve della gravidanza essere di 180 giorni : ora risulta dall' art. 314 † 239 che sia sufficiente un intervallo di 179 giorni

della sua nascita non può essere rimosso in alcun modo; laddove il fanciullo nato prima del cento ottantesi-

---

fra il matrimonio e la nascita, perchè il marito non possa ricusare di riconoscere il figlio; dunque non si è inteso comprendervi anche il giorno del parto, dunque questo giorno non debb' essere neppur contato nel caso dell'art. 315, e per conseguenza il termine più lungo essendo stato fissato a trecento giorni, basta perchè sia illegittimo il figlio, che ve n' abbia 299 d' intervallo fra il giorno dello scioglimento del matrimonio e quello della nascita.

La seconda questione cui dà luogo l' art. 315 è stata quella di sapere se il figlio sia illegittimo per lo solo fatto di una nascita tardiva, o se solamente la sua legittimità può essere allora impugnata, salvo ai tribunali il decidere.

Dalla maniera con cui io ho scritto il mio testo si vede, che riguardo in questo caso il figlio come illegittimo di dritto; ed in fatti se il vocabolo *impugnare* dovesse esser preso nel suo senso ordinario per una semplice domanda soggetta al giudizio de' tribunali, qual bisogno vi era di dire che nel caso dell' art. 315 la legittimità potrebbe essere impugnata? È forse necessario per ciò che siavi nascita tardiva? Non si contrasta ogni giorno la legittimità d'un fanciullo nato e concepito durante il matrimonio, salva ai tribunali la libertà di ammettere o rigettar la domanda? Allorchè dunque il legislatore disse specialmente che nel caso di nascita tardiva, la legittimità poteva essere impugnata, egli certamente prese quest' ultimo vocabolo in un altro senso, ed ecco quali hanno potuto essere i suoi motivi:

Si erano nell' articolo precedente determinati i casi ne' quali il figlio poteva essere non riconosciuto dal marito; e risulta chiaramente dalla redazione di esso, che in questi casi il marito nulla ha da provare, e che il suo solo rifiuto basta a determinare la sentenza la quale dee privare il figlio di ogni dritto alla legittimità. Non rimane altro mezzo a quest' ultimo che di provare non esser egli in alcuno de' casi preveduti. Si è voluto applicare la stessa disposizione al figlio di cui la nascita è tardiva. Ma non si è potuto far uso del vocabolo *rifiuto*, poichè ciò sarebbe bensì convenuto al marito il quale avesse voluto rifiutare di riconoscere il figlio nato 300 giorni dopo il divorzio; ma non sarebbe convenuto egualmente al caso in cui lo scioglimento del matrimonio fosse avvenuto per la morte del marito, ed in cui lo stato del figlio fosse impugnato dagli eredi di quello. Non si può rifiutar di riconoscere se non che una cosa che ci viene attribuita, per esempio un' opera che si vuol far passare sotto il nostro nome, un discorso che si dice tenuto da noi. Il marito può ricusare di riconoscere il figlio, poichè questi pretende che gli appartiene, che è nato per opera di lui. Altrettanto però non poteva dirsi degli eredi. Si è dovuto cercare un altro vocabolo, e si è abbracciato quello d' *impugnare*. Ma come il semplice rifiuto del marito basta nell' art. 314 per togliere al figlio la qualità di legittimo, salvo a lui di provare di non esser nel caso del rifiuto, bisogna dire del pari che nel caso dell' art. 315. la semplice opposizione per parte del marito o degli eredi ha lo stesso effetto e deve determi-

mo giorno del matrimonio potendo presumersi provvenire dal commercio che i conjugi avessero prima avuto insie-

---

nare il giudizio, ammeno che il figlio non pruovi che non sia trascorso un intervallo di 299 giorni fra la sua nascita e lo scioglimento del matrimonio. Altrimenti, se il vocabolo *impugnare* si dovesse prendere in altro senso, bisognerebbe dire, che, nell' ipotesi del figlio nato anche dieci anni dopo lo scioglimento del matrimonio, i tribunali dovrebbero pure esaminare la quistione della legittimità; il che è assurdo.

Finalmente risulta, e con evidenza, dalla lunghissima e luminosissima discussione ch' ebbe luogo a tale oggetto nel Consiglio di stato, essere il più lungo termine per la gravidanza nell' ordine di natura quello di 280 giorni. Esso fu portato dalla commissione a 286, e venne fissato nell'atto della discussione a 299 per evitare ogni opposizione, ed unicamente in grazia del favore dovuto alla legittimità; d'onde consegue non esservi dubbio alcuno che il Consiglio abbia riguardato come illegittimo di pieno dritto quel figlio che nascesse dopo quest' epoca; e ciò che maggiormente pruova in favore di tal sistema si è 1. l' art. 312 † 234, che dichiara illegittimo il figlio concepito anche durante il matrimonio, quando non sia riconosciuto dal marito, se costui prova che durante l' intervallo decorso dal 300.mo al 180.mo giorno avanti la nascita, egli sia stato nell' impossibilità fisica di coabitare con sua moglie; dunque una tal pruova stabilita una volta, i tribunali dovranno necessariamente pronunciare l' illegittimità; dunque nell' ipotesi sopra indicata il figlio è illegittimo di dritto. 2. L' art. 317 † 239 porta che se il marito muore nell' intervallo accordatogli per rifiutare, i di lui eredi avranno due mesi per impugnare la legittimità, ec. Or certamente non si è voluto dare agli eredi maggior dritto che al marito. 3. L' art. 318 † 240 finalmente comincia da queste parole: *qualunque atto stragiudiziale contenente il rifiuto per parte del marito o de' suoi eredi*; or qui la parola *rifiuto* tien luogo evidentemente, riguardo agli eredi, della parola *impugnare*. Dunque per tutto ciò che concerne gli eredi, il Codice si serve indifferentemente di queste due espressioni, e loro attribuisce gli effetti medesimi.

Bisogna osservare infine, che se il figlio fosse nato 250 giorni solamente dopo la morte del marito, ma che si fosse pruovato che ne' 50 giorni i quali han preceduto questa morte, egli sia stato nell' impossibilità fisica della coabitazione, ciò rientrerebbe nel caso dell' art. 312; e queste due circostanze riunite basterebbero senza dubbio per far dichiarare illegittimo il figlio.

Da che il figlio nato 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio è illegittimo *ipso jure*, risulta, 1.° che il riconoscimento del marito nulla opererebbe in suo favore, come opererebbe nel caso del rifiuto. E 2.° che in qualunque epoca sia la legittimità impugnata, dovrà l'art. 315 sempre essere applicato.

Nota. Si è giudicato dalla Corte di Parigi; 1.° che la disposizione dell'articolo 315 † 237 poteva essere invocata, non solo per decidere la quistione della legittimità, ma benanche per distruggere la successibilità. Decisione del 19 luglio 1819 riportata da Sirey, 1819, par. 2. p. 213; e 'l ricorso contro di essa venne rigettato nell' 8 febbrajo 1821 (*ivi*, 1821, par. 1. p. 404).

me (226), è riputato legittimo, o piuttosto legittimato (227) fino a che non sia rifiutato dal marito (228).

Questo rifiuto non è ammesso allorchè esiste una delle tre circostanze seguenti:

E 2.° che le persone le quali aveano riconosciuto come legittimo il fanciullo nato più di dieci mesi dopo il divorzio, non erano ammissibili a contrastarne la legittimità. Decisione del 28 luglio 1818; e rigetto del ricorso nel 13 aprile 1820 (Sirey, 1821, par. 1. p. 8). Ma tosto che la Corte Suprema si decise per la sola inammissibilità, è chiaro ch' essa non intese pregiudicare il merito della quistione.

(226) Ed in questo caso egli sarebbe riguardato come legittimato per susseguente matrimonio.

(227) V. la nota seguente.

(228) Tuttavia bisogna osservare che vi esiste una differenza molto importante tra questo caso e quello del rifiuto di un fanciullo concepito pendente il matrimonio. Questa differenza consiste in ciò, che in questa ultima ipotesi il rifiuto non può aver luogo che in un piccolissimo numero di casi espressamente determinati dalla legge, ed a carico di colui che rifiuta, di provare l' esistenza del caso allegato; mentre che riguardo al fanciullo nato, ma non concepito durante il matrimonio, il semplice rifiuto, senz'alcun'altra pruova basta per togliere al fanciullo il carattere di figlio legittimo.

Si presentò alla Corte di appello di Orleans un' assai singolare questione su questo soggetto.

Una madre si marita 15 giorni dopo la morte di suo figlio. Dopo 142 giorni di matrimonio, essa si sgravida di una fanciulla che non viene rifiutata. Si trattava di sapere se questa aveva raccolta la successione di suo fratello, morto 157 giorni prima della di lei nascita e per conseguenza in un' epoca nella quale era certamente concepita. Ma, come è chiaro, la successione erasi aperta quindici giorni prima del matrimonio de' suoi genitori.

La Corte di Orleans aveva deciso affermativamente, fondandosi sulla considerazione che il figlio nato nel matrimonio, benchè prima concepito, vien riputato legittimo qualora non sia rifiutato. Or, si aggiungeva, il figlio concepito, *pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur*. Egli ha dunque dritto di raccogliere tutte le successioni aperte dopo l' epoca del suo concepimento, sotto la condizione sola ch' egli nascerà vitale e legittimo. Or nel caso indicato la fanciulla era nata legittima e vitale.

Ma la Corte di Orleans non aveva riflettuto che la legge non riconosce che due specie di figli legittimi; cioè i legittimi propriamente detti, ed i legittimati. Figlio legittimo è quello che si presume essere concepito durante il matrimonio (art. 312 † 234). Ogni altro figlio è semplicemente legittimato. In verità quando il matrimonio, benchè posteriore al concepimento, ha preceduto nulladimeno la nascita, la legge vuole assolvere il figlio dall' obbligo di presentare un riconoscimento formale, contenta solo ch'egli non sia rifiutato. Si è riguardato il matrimonio contratto con una donna incinta, ed il silenzio tenuto dal marito posteriormente al parto, come una sufficiente confessione che

1. Se il marito ha conosciuto la gravidanza prima del matrimonio (229);

2. Se ha assistito all'atto di nascita e se l'ha sottoscritto, o se quest'atto contiene la sua dichiarazione ch'ei non sa o non può scrivere (230);

---

il figlio sia nato per opera sua. Ma egli in ogni modo non è che legittimato. Non è legittimo, perchè non è nato da legittimo commercio. Ora, l'effetto della legittimazione è di dare al figlio legittimato gli stessi dritti come se fosse nato dal matrimonio, cioè come se fosse stato concepito durante il matrimonio. Ma d'altra parte a' termini dell' art. 725 † 640 la capacità di succedere debb' esistere al momento stesso in cui si apre la successione. Or nel nostro caso la successione era aperta prima del matrimonio. Il concepimento del figlio, benchè anteriore all' apertura della successione, dovea essere pertanto riputato come posteriore, giacchè secondo l' art. 333 † 255, esso dovea presumersi posteriore al matrimonio, ch' era posteriore anch' esso di 15 giorni all' apertura della successione. Doveva dunque tenersi per fermo nella causa, che la successione di cui si trattava non aveva potuto essere devoluta al figlio legittimato, ma bensì a coloro che in virtù della legge avevano il dritto di raccoglierla in sua mancanza, e che raccoltala una volta, non potevano più esserne spogliati per alcun fatto posteriore indipendente dalla di loro volontà.

Tai sono i ben fondati motivi che determinarono la cassazione di questo arresto, pronunciata addì 11 marzo 1811 (SIREY, 1811, 1. par. p. 129). E la Corte di Parigi cui l' affare fu rimesso, decise in conformità de' principj che abbiamo qui stabiliti (decisione del 21 decembre 1812, riportata da SIREY, 1813, 2. par. p. 88).

(229) Si presume allora che il marito non abbia contratto il matrimonio che per riparare il proprio errore, e non può essere ammesso ad allegare ch' egli abbia scientemente sposata una donna gravida di un' altro : *nemo audiendus turpitudinem allegans.* Ma si appartiene a coloro che sostengono la legittimità di pruovare che il marito abbia avuto siffatta conoscenza. Come si farà questa pruova ? Il Codice non dicendo alcuna cosa su tal proposito, sembra non aver inteso esigere un genere di pruova particolare, rimettendo il tutto alla saviezza de' tribunali, che dovranno in questo caso determinarsi principalmente a tenore delle circostanze.

(230) Ciò equivale ad un espresso riconoscimento, che non è più in potere del marito di ritrattare : ben inteso però che l' atto di nascita contenga la dichiarazione che il marito sia il padre del fanciullo ; altrimenti è chiaro che la di lui presenza e sottoscrizione non produrrebbero alcun effetto contro di esso.

Ma la disposizione del Codice debb' esser limitata al caso in cui il riconoscimento del padre sia seguito per mezzo dell'atto di nascita? Io nol credo : e vuol dirsi lo stesso se abbia avuto luogo con ogni altro atto, anche di scrittura privata. Poichè se il silenzio del marito per un mese, basta ad elevare contro di lui una insormontabile eccezione d' inammessibilità, tanto più un riconoscimento espresso,

314 3. Se il fanciullo non è nato vitale (231). 236

In quanto al fanciullo concepito durante il matrimonio, può essere non riconosciuto dal marito ne' casi seguenti:

1.° Se durante il tempo trascorso dal trecentesimo fino al cento ottantesimo giorno (232) prima della nascita del fanciullo, il marito sia per causa di lontananza, sia per effetto di qualche accidente, diverso però dal- 312 l'impotenza naturale (233), era nell'impossibilità fisica 234 di coabitar colla moglie;

---

quantunque con privata scrittura, debbe avere il medesimo effetto. Nè osta l'art. 334 † 257 portante che il riconoscimento di un figlio naturale non possa esser fatto se non per atto autentico; poichè qui il figlio non è naturale, ma riputato legittimo, o almeno legittimato; presunzione che non può essere distrutta se non dal rifiuto del marito, il quale non è egli stesso ammissibile a rifiutare che in brevissimo termine come vedremo.

(231) *Capace di vita*, cioè che può vivere. Un fanciullo non può esser vitale allorchè il tempo della gravidanza non sia stato sufficiente per costituirlo in modo da poter vivere, e ciò anche quando egli vivesse per qualche ora, o per qualche giorno. Ma si vede che anche in questo caso l'epoca del concepimento essendo sempre incognita, la quistione della vitalità non può essere decisa che da persone dell'arte.

Allorchè il fanciullo vien dichiarato incapace di vita, il rifiuto non si deve ammettere per due ragioni: la prima si è che il marito non vi ha alcuno interesse, giacchè il fanciullo non può vivere, e ch'essendo nato non vitale, non ha potuto raccogliere alcun dritto: la seconda si è che la non-vitalità essendo una pruova che il tempo ordinario della gravidanza non è stato compiuto, l'epoca della nascita non può più servire di base a determinare se quella del concepimento abbia preceduto o no il matrimonio. Ma osservate che ciò non deve applicarsi che al caso in cui si tratta di un fanciullo il di cui concepimento può risalire ad un'epoca anteriore al matrimonio; ma che ove si tratti di un figlio concepito durante il matrimonio, ma pur durante l'assenza, o la momentanea impotenza del marito, la non-vitalità non può impedire il rifiuto, poichè il marito può avere interesse di pruovare l'adulterio, onde giungere alla separazione personale.

(232) Inclusivamente. Altrimenti ne risulterebbe che il marito potrebbe rifiutare, abbenchè fosse stato egli presente durante li 180 giorni che han preceduto il parto; mentre che, secondo l'art. 314 † 236, quest'intervallo basta perchè si presuma essere il fanciullo procreato da lui.

(233) Il marito può dunque allegare la sua impotenza accidentale, per fondare il suo rifiuto. Ma bisognerebbe che l'accidente il quale ha cagionata l'impotenza fosse posteriore al matrimonio. Altrimenti le stesse ragioni che gl'impedirebbero di proporre il mezzo tratto dalla impotenza naturale, gl'impedirebbero ugualmente d'esser ammesso a

proporre quello tratto dall' impotenza accidentale, ma anteriore al matrimonio.

Si è voluto trarre argomento da quest' articolo per sostenere che uno de' conjugi non potrebbe attualmente domandare la nullità del matrimonio per cagione d' impotenza dell' altro. Ma senza pronunziare in questo momento su tal questione, io credo poter dire, che questo articolo non può essere di alcun peso per risolverla. Di fatti cosa decide questo articolo? che il marito naturalmente impotente, non può venire egli stesso ad allegare la propria impotenza per giustificare il rifiuto. Ma sarebbe stato lo stesso anticamente. In ogni tempo il marito che fosse venuto ad allegare la propria impotenza per domandare la nullità del suo matrimonio, sarebbe stato dichiarato non ammessibile. Ma ciò non avrebbe impedito, che nello stesso caso l' azione della moglie non saria stata ammessa. Del rimanente, la quistione della nullità del matrimonio per causa d' impotenza si è già presentata innanzi alle Corti di appello di Treveri, e di Genova. Affermativamente fu decisa a Treveri, e negativamente a Genova (*Giurisp. del cod. civ.* tom. 17 pag. 183 e 201). A me sembra che come punto di dritto io accetterei l' opinione della Corte di Treveri. Io non veggo altra obiezione di peso contro a questo sistema, che quella tratta dalla indecenza delle visite che una simil domanda può cagionare. Ma non vi sono forse mille altri casi ne' quali debbono ordinarsi necessariamente delle visite di tal natura, soprattutto in materia criminale; per esempio nelle accuse di violazione, d' infanticidio, di aborto procurato, di soppressione di parto? Non si dovrebbe forse impiegar questo mezzo anche in materia di rifiuto, se il marito allegasse un'impotenza accidentale? È questa una sventura che sempre accompagna l' imperfezione delle istituzioni umane, ma che mai, come a me sembra, non può impedire i tribunali di accogliere una nullità così radicale come quella di cui si tratta.

Si opporrà forse che se il giorno stesso del matrimonio, uno degli sposi fosse colpito da qualche accidente che lo mettesse fuori del caso di consumarlo, l' altro sposo non avrebbe affatto il dritto di domandarne la nullità, o anche la separazione. Ciò è vero: ma si faccia attenzione che in questo caso, lo sposo che ha provato questa disgrazia non ha alcun rimprovero da farsi; nè poteva indovinare ciò che gli è sopraggiunto. È questo un caso fortuito, un infortunio impreveduto, di cui l' altro conjuge deve soffrir la sua parte: *Humanum est*, come lo abbiam detto, *fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem mariti participem esse.* Ma nell' altro caso, il conjuge impotente ha dovuto conoscere il suo stato; egli è colpevole di aver violato la dignità del più sacro de' contratti: egli ha ingannato i magistrati, e il suo conjuge; e si vorrebbe ancora ricompensarlo del suo dolo, rigettando ogni domanda di nullità per parte della sposa ingannata? E se quest' ultima si permette il menomo traviamento, si dovrà anche ammettere la querela del marito, e punire una disgraziata, la quale forse non si è lasciata sedurre, se non perchè fu privata del dritto di contrarre un vero matrimonio.

S' insiste e si pretende, che questa cagione di nullità è annullata dal Codice, perchè nel cap. IV. intitolato *delle domande per nullità di matrimonio*, non si è detto cosa alcuna sul modo di proporla,

313 235 2.° In caso di adulterio, se peraltro la nascita gli è stata nascosta (234).

In questi due casi però il fatto del concepimento durante il matrimonio stabilisce sempre in favore del fanciullo una presunzione qualunque, il di cui effetto è, nel 312 234 primo caso, di rigettare sul marito la pruova dell' impossibilità della coabitazione; e nel secondo, di farlo am- 313 235 mettere soltanto a produrre tutti i fatti tendenti a giustificare non esserne egli il padre (235).

---

nè sul termine entro cui dev' essere intentata. Ma si danno parecchi casi ne' quali non vi è affatto matrimonio, e che non sono nel menzionato capitolo previsti. (Da osservarsi quì sopra la nota 52 p. 26.). Se per esempio, si fosse contratto un simulacro di matrimonio fra due persone dello stesso sesso, potrebbe forse rigettarsi la domanda di nullità d' un simile matrimonio per la ragione che non n'è stata quistione nel cap. IV? E perchè si deciderebbe diversamente nel caso in cui uno de' conjugi non avesse alcun sesso, o fosse privo di quello che la natura gli ha compartito?

Tali sono i motivi che mi determinerebbero ad adottare l'opinione della Corte di Treveri come punto di dritto, e salvo ai tribunali di stabilire secondo la natura e la pertinenza de' fatti allegati, ed in tutt' i casi di non ammettere la domanda che con la più grande circospezione (*a*).

(234) Apparterrà forse al marito di pruovare che la nascita gli è stata celata, o al figlio che il marito n' ebbe notizia? Il mistero della nascita mi sembra un fatto negativo. Poichè provare che una cosa ci sia stata celata è lo stesso che provare che noi non ne abbiamo avuto cognizione; ciò ch' è ben certamente un fatto negativo. Or, *factum negantis nulla est probatio*; io credo dunque che si appartenga al figlio di produrre la pruova.

Nota. Si è giudicato dalla Corte di Parigi nel 28 giugno 1819, (Sirey, 1821, par. 2. p. 7), e nel 4 dicembre 1820 (*ivi*, p. 98), che il fatto di essere stato iscritto un fanciullo sui registri dello stato civile, come *nato da padre ignoto*, bastava per provare che la nascita era stata occultata al marito, e per farlo ammettere a proporre tutti i fatti giustificativi di non esserne egli il padre.

(235) La natura e l'importanza di questi fatti sono abbandonati alla prudenza del giudice. Ma non si pretenderà dal marito una pruova così rigorosa, che, qualora egli prenda per argomento l' impossibilità della coabitazione. Ma, *quid* riguardo al figlio concepito posteriormente ad una domanda di separazione personale? Io credo che quì vi abbia presunzione d' impossibilità morale, e che il fanciullo debba essere dichiarato illegittimo, ammeno ch' egli non provi esservi stata

(*a*) *Preghiamo il leggitore di vedere come noi esamineremo questa quistione nella sez. 5. delle nostre osservazioni a questo Titolo.*

In tutti i casi in cui il marito è autorizzato a non riconoscere il figlio, dee farlo entro il mese, se si trova sul luogo nel momento della nascita, e dentro i due mesi (236) dopo il suo ritorno (237), se alla stessa epoca era assente (238).

---

riconciliazione. Si caderebbe altrimenti di fatto in un circolo vizioso. Poichè se questo fanciullo fosse riputato essere figlio del marito, si dovrebbe per necessaria conseguenza dedurne una riconciliazione. Ne seguirebbe dunque che la moglie rea convenuta nella separazione personale, anche per cagione di adulterio, potrebbe commettendone un nuovo, far dichiarare suo marito non ammessibile.

Nota si giudicò in cassazione il dì 8 luglio 1812 (Sirey, 1812, 1. par. pag. 377) che nel caso dell'art. 313 † 235 non era necessario che l'adulterio fosse precedentemente giudicato (a).

Il marito può rifiutare il fanciullo che non fosse stato iscritto sotto il suo nome, ma soltanto sotto quello della moglie? Siccome il figlio della moglie è sempre presunto figlio del marito, costui ha certamente l'interesse, e quindi il dritto di rifiutarlo.

(236) Se gli accordano due mesi, l'uno per aver notizia della nascita, e l'altro per produrne il rifiuto.

(237) Al luogo della nascita; non sarebbe sufficiente, s'egli era in viaggio, che fosse di ritorno in Francia. (Arg. tirato dalle parole dell'art. 316, *lo rifiuterà entro il mese, se si trova nel luogo della nascita*). Così fu deciso, e ragionevolmente, a Parigi il 9 agosto 1813 (Sirey, 1813, 2. par. p. 310).

(238) Cioè non presente. Non è necessario ch'egli sia assente propriamente detto.

Quid, s'egli fosse pazzo, furioso, imbecille o afflitto di malattia che gl'impedisce di uscire? Io credo che il termine di due mesi non dee correre se non dal momento in cui si può ragionevolmente pensare ch'egli abbia avuto cognizione del parto.

(a) *Il procurator generale* Merlin *concluse diversamente, sostenendo che il Codice per autorizzare il rifiuto del marito non esigeva solo che la nascita del figlio gli si fosse occultata, ma dippiù che l'adulterio fosse stato legalmente verificato. Ma la corte di cassazione nella decisione citata dall'autore pensò al contrario di non potersi opporre l'eccezione d'inammessibilità all'azione del rifiuto per non essere stato giudicato precedentemente l'adulterio, perchè secondo l'art.* 313 † 235 *l'occultazione della nascita è la sola condizione richiesta per ammettersi tale azione. Essa decise dippiù implicitamente che il marito non è tenuto ad articolare i fatti che provano la sua non-paternità, prima che i giudici abbiano deciso che la nascita gli sia stata occultata, come conseguenza del detto articolo; e finalmente che i giudici di appello riformando la sentenza che rigettava l'azione di rifiuto sul fondamento che la nascita non fosse stata occultata al marito, potevano ritenere la conoscenza del fatto. (Veggansi le riflessioni del sig.* Nougarède *su questo arresto nel suo trattato delle* Leggi delle famiglie *ec. pag.* 182 *e* 183).

Se gli è stata tenuta occulta la nascita, egli ha due
316 mesi (239) dal giorno in cui l'ha scoperta, per negare
238 di riconoscere il fanciullo.

S'ei muoja prima di reclamare, ma non fosse ancora trascorso il tempo utile per farlo, i di lui eredi (240) hanno due mesi per impugnare la legittimità

---

(239) Fa d'uopo ancora di due mesi, poichè se glie ne accorda uno onde possa prendere delle precise informazioni.

(240) Per conseguenza gli altri figli del marito potranno impugnare la legittimità, viva ancora la di loro madre. Ciò avrebbe potuto andar incontro a qualche difficoltà, poichè è una di quelle azioni chiamate *famosae* e che tende a macchiare la riputazione della madre. Ma la forza delle cose rende qui inevitabile questo inconveniente.

Alcuni han preteso che sotto questa parola *eredi* bisognava intendere solamente gli eredi legittimi; di modo che secondo questa opinione, per quanto evidente fosse l'illegittimità del figlio, il legatario sarebbe non ammissibile ad impugnarla. Il signor Proudhon concede il dritto di rifiuto ai legatarj universali, ed a' legatarj a titolo universale, e lo nega ai legatarj particolari. Tutto ciò è arbitrario. Come mai il fatto che la successione del padre è devoluta per testamento o *ab intestato*, che vi sia un legato universale, o solamente legati particolari, può aver qualche effetto relativamente allo stato ed ai dritti del fanciullo, e toglierli o conferirgli, secondo il caso, la qualità di figlio legittimo? D'altronde è di evidenza che per queste parole *gli eredi*, il legislatore ha inteso tutti coloro che alla successione del padre hanno de' dritti ai quali la legittimità del figlio potrebbe recar nocumento. (L. 170 ff. *de verbor signific.*) Altrimenti andiamo a vedere qual sarebbe l'effetto del sistema contrario.

Un uomo dopo aver soggiornato due anni nelle Colonie, viene a morire, lasciando un testamento con cui dispone in legati particolari di tutti i suoi beni. Sua moglie che non è punto uscita di Francia, partorisce poco prima della di lui morte. Nel sistema che io combatto, il fanciullo potrebbe venire a reclamare la sua riserva su i beni del marito senza che avessero i legatarj il dritto di contrastarne la legittimità. Una simile conseguenza porta seco la confutazione del principio.

Bisogna intanto osservare che vi ha fra gli eredi del sangue ed i legatarj qualunque siano questa differenza, che costoro non avendo interesse ad impugnare lo stato del fanciullo, se non quando questi volesse in ragione dello stato che reclama far loro soffrire qualche riduzione, debbono esser dichiarati non ammissibili tutte le volte che questa riduzione non ha luogo, sia perchè hanno essi rinunziato ai loro legati, sia perchè il fanciullo non produce a questo riguardo alcuna pretensione. Non è lo stesso poi per l'erede del sangue, il quale può impugnare lo stato, quand' anche avesse rinunziato alla successione di colui che il fanciullo pretende esser suo padre. Ed in ciò io sono anche di avviso contrario a quello del signor Proudhon. Poichè, come la qualità di figlio di un individuo gli attribuisce de'dritti non solamente alla successione del padre, ma ancora a quella di tutt'i parenti di que-

del figlio, computabili dall' immissione del fanciullo nel possesso de' beni del marito (241), o dall' epoca in cui gli eredi fossero turbati dal medesimo in questo possesso (242).

317
239

---

st' ultimo, può esser utile agli eredi del medesimo di far deliberare sullo stato del fanciullo, onde non lasciargli acquistare un preteso possesso di stato, ed allontanarlo da tutte le successioni alle quali egli potrebbe pretendere in seguito. Ed in fatti cosa avverrebbe diversamente? Supponiamo la successione del padre esser oberata, è rifiutata in conseguenza da tutti gli eredi: il figlio si presenta, ed accetta sia puramente e semplicemente, sia col beneficio dell' inventario. I creditori non hanno interesse alcuno ad impugnare il suo stato: egli tratta con essi, prende in tutti gli atti la qualità di figlio ed erede di un tale; e si crede che gli altri figli non avrebbero forse il dritto di domandare che venisse a costui proibito di prendere tal nome e qualità? Certamente ch' essi vi hanno interesse, quand' anche non fosse che quello di non lasciare un individuo passar falsamente per loro legittimo fratello, ed arrogarsi un nome che non gli appartiene. E quando essi non impugnassero, non si potrebbe loro opporre in seguito la disposizione dell' art. 317 † 230 che fa decorrere il termine di due mesi loro accordato, dal giorno in cui il figlio s' è messo in possesso dei beni del marito. (Vedete a questo proposito una desisione della Corte di Aix, del 18 aprile 1817, e l' arresto di rigetto pronunziato dalla Corte di cassazione il 22 giugno 1819, (Sirey, 1819, 1. par. p. 438).

La legge non parla qui che degli eredi del marito. Bisogna perciò conchiudere che gli eredi della madre non potrebbero impugnare la legittimità del figlio, per impedirgli di raccogliere la successione della madre, o de' parenti di lei? Io nol credo. Tutti coloro che hanno interesse ad impugnare la legittimità, hanno il dritto di farlo, limitandosi ne' termini dell' art. 322 † 244 e seg.

(241) È necessario per far decorrere il termine, che il figlio si sia messo in possesso di tutt' i beni del marito, o basta ch' egli siasi impadronito di alcuno di essi? Io credo che bisogna distinguere; s'egli agisce notoriamente in qualità di erede, basta che abbia fatto qualche atto di proprietario riguardo all' oggetto anche il più modico. Basterebbe ancora, ch' egli avesse presa questa qualità in un atto pubblico; bene inteso purchè quest' atto o questa qualità non abbian potuto probabilmente essere ignorati dagli eredi del marito. Ma s'egli non agisce ostensibilmente in qualità di erede, allora l' impossessarsi che farebbe di alcuno degli oggetti della successione, non sarebbe sufficiente per far decorrere la prescrizione, atteso che può avere un titolo particolare. Non vi sarebbe dunque in questo caso che l'impossessarsi della totalità, o d'una parte de' beni sufficiente a provare aver egli agito in virtù di un titolo universale; il quale non può essere altro che quello di erede.

(242) Poichè da una di queste due epoche essi son riputati conoscere la sua esistenza.

Ma che dee intendersi per questo *turbamento*? Io credo che bisogna distinguere: se si tratta di far decorrere il termine di due mesi, io penso che altro non debba intendersi per esso che i fatti i quali possono recar pregiudizio al godimento degli eredi, come sarebbe una

Il rifiuto di riconoscere il figlio per parte sia del marito, sia de' di lui eredi, può farsi con qualunque atto stragiudiziale (243); ma quest' atto (244) si ha co-

domanda in petitorio o in possessorio, o un' usurpazione di fatto di qualcheduno de' beni della successione, il tutto a titolo di erede: ma se solamente è quistione di determinare i fatti che possono dar luogo ad una domanda degli eredi contro il figlio, allora la parola *turbamento* dev' esser presa in un senso più esteso per ogni fatto che può far presumere nel figlio l' intenzione di procurarsi il possesso di stato di figlio legittimo; di modo che basterebbe, almeno a mia sentenza, che questi portasse pubblicamente il nome di colui di cui pretende esser figlio, affinchè gli eredi avessero una base onde costringerlo a dichiarar a qual titolo prende un tal nome, ed in caso di rifiuto per parte sua, citarlo per farlo condannare a non più usarne, e ciò quand'anche egli non reclamasse alcuno de' beni della successione: Ma se dietro l' intimazione, o nel corso dell'istruzione il fanciullo dichiarasse di prendere questo nome, perchè è figlio legittimo di un tale, allora questa dichiarazione dovrebbe esser riguardata come un turbamento sufficiente per far decorrere il termine accordato agli eredi onde impugnare la legittimità. In tal modo egli è ben evidente che ogni atto dalla parte del figlio che fa decorrere il termine può dar luogo ad una domanda dalla parte degli eredi; altrimenti la prescrizione non potrebbe decorrere in virtù della massima: *contra non valentem agere non currit prescriptio*: ma ciò non è reciproco; ed ogni atto che può dar luogo ad una domanda da parte degli eredi, non farebbe per ciò decorrere il termine della prescrizione. Il motivo di questa distinzione è facile ad intendersi. La prescrizione essendo un'eccezione perentoria e fatale, bisogna che il fatto che n' è la base sia precisamente quello che la legge esige, e qui la legge esige un turbamento nel possesso de' beni: dunque finchè gli eredi del marito non siano disturbati in questo possesso, il termine non dee decorrere contro di essi; ma ciò non impedisce intanto ch' essi non abbiano il dritto di prendere tutt'i mezzi che giudicano convenevoli onde prevenire le conseguenze che potrebbero risultare in lor pregiudizio dagli atti del figlio, i quali senza disturbarli, propriamente parlando, nel possesso de' beni, fan manifesta però l'intenzione ch' egli ha di disturbarli un giorno, dopo che l'effetto del tempo o delle circostanze avrà fatto scomparire in tutto o in parte le pruove che potrebbero servire a dimostrare la sua illegittimità. (Da osservarsi una decis. di Roano del 2 maggio 1815, riportata da SIREY 1816, par. 2. p. 364, ed un arresto della Corte di cassazione, del 21 maggio 1817, *ivi* 1817, 1. par. p. 252.

(243) Bisogna intender con ciò ogni atto che non ha per iscopo di menare ad un giudizio, come una semplice protesta; basterebbe anche una protesta avanti notaro; poichè se bisognasse necessariamente ch' essa fosse fatta per mezzo di usciere, sarebbe lo stesso che intentar l' azione. D' altronde per farla notificare, sarebbe d' uopo che il figlio avesse un tutore, e pare che l' art. ha accordato il termine di un mese per fargliene nominar uno.

(244) Osservate che soltanto l' atto è come non avvenuto, e che il rifiuto può formarsi ancora se il termine del medesimo non è ancora decorso.

me non avvenuto se non è susseguito nel termine di un mese da un'azione in giudizio (245), diretta contro un tutore speciale (246) dato al figlio, ed in concorso di

318 240

(245) Si è detto in uno de' motivi di uno arresto di cassazione del 9 novembre 1809, la di cui parte dispositiva è d'altronde giustissima, che basterebbe che l'atto estragiudiziale fosse nell'intervallo di un mese seguito da una citazione per conciliazione, quantunque la domanda introduttiva della istanza non fosse stata fatta che dopo il detto mese, e quantunque, nel caso discusso, la domanda essendo diretta contro una minore, non fosse stata suscettibile di conciliazione. (Sirey 1810, 1. par. p. 77).

Ma prima di tutto, mi pare difficile conciliare questa opinione col testo dell'art. 318 † 240, il quale esige un'azione in giudizio. Or non si è giammai riguardato, nè potuto riguardare come tale il preliminare di conciliazione, poichè tende al contrario a prevenirla ed impedirla. In secondo luogo risulterebbe da questa disposizione un effetto totalmente contrario al fine che la legge si è proposto, cioè un ritardo indefinito nell'azione. Poichè come il preliminare di conciliazione non cade mai in perenzione, ne risulta che anche dieci anni dopo non vi è bisogno di rinnovarlo. Ne seguirebbe dunque che mentre la legge vuole che le questioni di stato siano formate nel più breve termine, avrebbe da un'altra parte dato il mezzo per farle durare indefinitivamente.

Si vorrebbe qui applicare l'art. 2245 † 2151 in cui si legge, che la citazione per la conciliazione non interrompe la prescrizione, se non quando è seguita, nel termine di un mese, da un precetto a comparire in giudizio. Ma prima di tutto, quest'applicazione è puramente arbitraria, ed in secondo luogo ne risulterebbe sempre che il termine si troverebbe prolungato di un mese al di là di quello stabilito dallo art. 318 † 240.

Finalmente, una terza ragione per non ammettere il sistema proposto si è, che nella ipotesi la citazione per la conciliazione era nulla assolutamente, poichè l'affare non era suscettibile di conciliazione in se stesso, ed attesa anche la minor'età della fanciulla. Or, *quod nullum est, nullum producit effectum.* (argom. tratto dall'art. 2247 † 2153).

(246) Perchè non contro la madre, la quale sembra avere il più grande interesse? Non si è voluto dare alla madre il dispiacere di essere obbligata di rispondere ad una domanda di questa natura, di cui l'effetto debb'esser sempre d'intaccare la sua riputazione. Egli è vero che dev'essere citata, ma nulla le impedisce di non comparire: laddove ella nol potrebbe se agisse come tutrice, ed in nome di suo figlio.

Quid, se la legittimità fosse impugnata dopo la morte del marito, e che la madre si trovasse in conseguenza tutrice legittima del fanciullo? L'articolo non distingue, e vi sono d'altronde le stesse ragioni.

Quid, se la madre essendo pur essa morta, o non essendo tutrice, vi esista di già un tutore? Io penso che debba dirsi lo stesso; e che vi sia sempre luogo a nominare un tutore *ad hoc*, sia pur quegli

sua madre (247).

Delle pruove della legittimità.

Risulta da ciò che si è detto precedentemente che per provarsi la legittimità della prole, dee cominciarsi dal provare la sua figliazione.

319
241
Questa pruova il più generalmente non può farsi che coll'atto di nascita (248), o, in mancanza di questo ti-

---

che vi si trova, o chiunque altro. Potrebbe pur accadere che il tutore esistente fosse egli stesso interessato perchè il fanciullo fosse dichiarato illegittimo.

Ma come sarà nominato questo tutore? Regolarmente, siccome il figlio suscettibile di esser rifiutato dee riguardarsi come legittimo finchè il rifiuto non sia formato e giudicato valido, questo tutore dovrebbe essere scelto da un consiglio di famiglia composto come all' ordinario di tre parenti paterni e tre materni; ma come non si può ragionevolmente esigere che i parenti paterni, i quali possono avere un interesse sia diretto sia indiretto a far pronunciare l' illegittimità, concorrano alla nomina di colui che dee sostenere la legittimità; e che da un'altra parte sarebbe nuocere al figlio il far nominare il tutore per mezzo de' soli parenti materni; io penso, rettificando su questo punto l'opinione emessa nelle mie precedenti edizioni, che questo tutore debba essere nominato d' ufficio dal tribunale. D' altronde ciò evita le lungherie che possono essere molto pregiudizievoli in una materia in cui il termine è fatale e molto breve.

(247) La madre dev' esser chiamata, perchè vi ha doppio interesse: primo, quello di suo figlio, che si vuol privare della legittimità; e secondo il suo proprio, poichè, com' è chiaro, il suo onore si trova compromesso.

(248) Notate in primo luogo che l'articolo dice la *figliazione de' figli legittimi*, poichè l' atto di nascita non basta a pruovare la figliazione de' figli naturali, ammeno che non sia firmato dal padre, o dalla madre; nel qual caso vale come un riconoscimento da parte di colui, o di coloro che l' hanno firmato. In quanto ai figli legittimi, l'atto di nascita, compilato sulla dichiarazione delle persone che la legge ha incaricate di farla, è pruova della figliazione, anche riguardo al padre, poichè fa pruova del parto, e che, quando la madre è maritata, dietro la regola *pater est*, ogni figlio nato dopo del matrimonio è riputato figlio del marito fino a che non ne sia giudicato valido il rifiuto.

2. Che ivi si dice *la figliazione de' figli legittimi* e non la legittimità. Noi abbiamo veduto in fatti più sopra, che oltre al di loro atto di nascita, i figli sono in generale obbligati, per pruovare la di loro legittimità, di produrre l' atto di celebrazione del matrimonio de' loro genitori.

3. Che il titolo, quando è solo, forma per verità una pruova; ma

tolo (249), col possesso costante dello stato di figlio legittimo. Abbiam veduto quì sopra ciò che si debba intendere per possesso di stato. 320 242

Se il figlio riunisce ad un tempo e titolo e possesso, il di lui stato non può essere impugnato (250); nè dalla sua parte si può reclamare uno stato contrario. 322 244

Se il figlio non ha nè titolo nè possesso continuo,

---

non esclude la pruova contraria, se non sia accompagnato nel tempo stesso dal possesso di stato. (art. 322 † 244).

Si è deciso a Parigi il 15 luglio 1808 nella causa detta di *Virginia* (Sirey, 1809, 2. par. p. 112), che l'iscrizione di un fanciullo su i registri dello stato civile, sotto il nome di una donna ch'era allor maritata ma che non era designata nell'atto che sotto i suoi nomi di *fanciulla* con l'addizione di queste parole, *non libera*, e l'indicazione di un padre diverso dal marito, non solamente non provava la legittimità, ma non era neanche un principio di pruova per iscritto, suscettibile di far ammettere la pruova testimoniale. Questa decisione è fondata su i principj rigorosi del dritto; e nel caso era probabilmente conforme all'equità.

Venne giudicato dalla Corte stessa li 11 giugno 1814 (Sirey, 1815, 2. par. p. 17) e con ragione, che il riconoscimento fatto dalla madre dopo la morte del padre, di un figlio ch'essa pretendeva nato durante il matrimonio, non era un titolo sufficiente per ammettere il figlio alla pruova testimoniale della paternità.

(249) Cioè quando non siasi presentato atto di nascita. Il figlio può ignorare a qual municipalità sia stato presentato al momento della nascita; ma se l'atto è esibito, e che sia contrario al possesso, questo non è più d'alcuna importanza.

(250) Risulta dalla combinazione degli articoli 320 † 242 e 322 † 244, che il titolo e 'l possesso riuniti formano una pruova compiuta, ch'esclude ogni pruova contraria; ma se manca uno de' due, l'altro fa egli pruova egualmente, salvo la prova contraria? Io credo che bisogna distinguere: colui che ha il titolo senza possesso, deve ancora pruovare l'identità, cioè ch'egli sia colui al quale si applica questo titolo: la qual pruova potrà farsi per mezzo di testimonj se vi sia un principio di pruova per iscritto, o se vi esistano delle presunzioni, o degli indizj ec. (argom. tratto dall'art. 323 † 245). Ma colui che ha il possesso di stato è dispensato da ogni pruova: si appartiene a quegli che impugna lo stato posseduto, di pruovare la sua pretensione. Ma osservate che quando si dice che lo stato di colui il quale riunisce il titolo e 'l possesso non può essere impugnato, bisogna intendere semplicemente lo stato di figlio di un tale, o di una tale. Ma riguardo allo stato di figlio legittimo, bisogna ancora, onde non possa essere impugnato, che non vi sia alcun dubbio sull'esistenza o validità del matrimonio di coloro che il suo atto di nascita gli dà per padre e madre, o almeno che egli si trovi nel caso dell'art. 197 † 190. Altrimenti, si vede che il titolo e 'l possesso, benchè riuniti, non sarebbero di alcun peso.

o se è stato inscritto sotto falsi nomi (251), o come nato da padre e madre incerti, allora la pruova della figliazione può farsi col mezzo di testimonii, purchè vi sia un cominciamento di pruova per iscritto, o una riunione di fatti costanti, abbastanza gravi (252) per determinar l' ammessione della pruova testimoniale.

323
245

S'intende per principio di pruova per iscritto gl'indizj risultanti dai titoli di famiglia, da' registri e dalle carte private del padre o della madre (253), o dagli atti pubblici, ed anche privati, provenienti da una delle parti impegnate nella contestazione, o che, se fosse in vita, vi avrebbe un interesse opposto a quello del reclamante.

324
246

In tutti i casi la parte avversa debb'essere ammessa alla pruova contraria (254), che potrà farsi con tutt' i mezzi (255) proprj a stabilire che il reclamante non sia nato dalla madre ch' ei pretende di avere; o che, quando fosse provata la maternità, si trova in uno de' casi d' eccezione alla regola la quale vuole che il figlio del-

325
247

---

(251) Bisogna dunque che il figlio cominci dal pruovare ch' egli sia stato inscritto sotto falsi nomi. Ma come si farà questa pruova? Per mezzo di un' inscrizione in falso, ma solamente in falso incidente civile, a causa della disposizione dell' art. 327 † 249; e d' altronde questa inscrizione stessa essendo nella specie un preliminare indispensabile, e potendo anche formare pregiudizio sulla quistione di stato, non dev'essere ammessa, se non finchè vi sia un principio di pruova per iscritto, o pure una riunione di fatti costanti molto gravi per determinare l' ammissione della pruova testimoniale (art. 323 † 245). Così deciso in cassazione il 28 maggio 1809 (Sirey, 1809, 1. par. p. 455).

(252) Per esempio, egli è indubitato che la madre reclamata dal figlio si sgravò in un' epoca la quale corrisponde a quella della nascita del reclamante: non si presenta nè il fanciullo di cui ella si è sgravata, nè il suo atto di morte. La riunione di questi fatti potrebbe bastare in certi casi per fare ammettere la pruova testimoniale.

(253) Non si esige che sieno morti, come nell' art. 46 † 48, poichè qui questi registri e carte non formano pruova come nel detto articolo, ma solo cominciamento di pruova, ed ancora se il tribunale giudica a proposito di ammetterli. Ma vedete la nota 38 della pag. 166 del tomo primo.

(254) Osservate che la pruova contraria non ha bisogno di essere ordinata; essa è di dritto, tutte le volte che una delle parti è ammessa alla pruova (Cod. di proc. art. 256 † 351).

(255) Anche colla pruova testimoniale, salvo al giudice di valutarne il merito.

la moglie sia presunto figlio del marito (256).

La pruova testimoniale essendo dell' essenza della procedura criminale, e non avendo bisogno in questo caso d'essere appoggiata ad un principio di pruova per iscritto, era da temersi che per eludere le disposizioni della legge, non si cominciasse dal prendere la via criminale (257).

Due precauzioni si sono adoperate onde prevenire questo inconveniente: in primo luogo i tribunali civili sono dichiarati soli competenti a pronunciare sui reclami di stato relativi alla figliazione (258); e secondariamente anche in caso di delitto (259), l'azion criminale non può

326
248

(256) Per esempio, che vi sia stata impossibilità di coabitazione, o adulterio, e nascita celata.

La Corte di cassazione ha deciso con ragione il 16 gennaio 1809, che il marito poteva portare opposizione di terzo ad una decisione resa durante la sua emigrazione, e che aveva dichiarata la maternità, e per conseguenza la paternità avverata (Sirey, 1809, 1. par. p. 49). Ha giudicato egualmente il 9 maggio 1821 (Ivi, 1821, 1. par. p. 249) che il figlio legittimo poteva produrre opposizione contro una sentenza pronunziata in contumacia contro suo padre, con la quale si accordava la qualità di legittimo ad un altro figlio.

(257) Rendendo, per modo di esempio, querela per soppressione di stato, inscrivendosi in falso principale contro l'atto di nascita, ec.

(258) Noi abbiamo aggiunto queste parole, poichè se si tratta del matrimonio, la pruova della celebrazione può, come vedemmo, acquistarsi col risultato di una procedura criminale. La ragione della differenza può essere che la soppressione del titolo non basta per distruggere lo stato del fanciullo, poichè egli può ancora invocare il possesso di stato; laddove il titolo è tutto in favore de' conjugi che non possono invocare il possesso. D'altronde il matrimonio è un atto pubblico, la di cui esistenza può essere facilmente provata con testimoni. Ora non si può dirne altrettanto della maternità, e soprattutto della paternità.

(259) L'art. 327 † 249 non parla che del delitto di soppressione di stato, poichè non ha avuto in mira che le domande formate nell' interesse del figlio. Ma io penso che la stessa disposizione deve aver luogo, quand'anche si trattasse di procedure criminali dirette contro il figlio, per es. di una querela di supposizione di parto. Ecco perchè ho fatto uso dell' espressione generale *in caso di delitto* (*a*).

(a) Nelle nostre osservazioni a questo Titolo parleremo della soppressione del parto così nell' una che nell'altra legislazione penale, ed altri argomenti recati per l' estensione di questa proibizione ai giudizj penali per tutti i delitti che han per base ed oggetto la soppressione di stato.

327 aver luogo (260) che dopo la sentenza definitiva de' tri-
249 bunali civili sulla questione di stato (261).

---

(260) Anche dalla parte del pubblico ministero. Così fu deciso in cassazione il 2 marzo 1809 (Sirey, 1809, 1. par. p. 300); e 'l 3 marzo 1813 (*ibid.* 1813, 1. par. p. 239). È questa una derogazione all' art. 3 del Cod. d' istruz. crim., il quale vuole al contrario che l' esercizio dell' azione civile risultante da un delitto, sia sospeso, finchè non sia stato pronunziato definitivamente sull' azione pubblica, o che questa sia intentata prima, o in prosieguo dell' azione civile.

Questa derogazione è fondata sulla ragione che le quistioni di stato, essendo importantissime, si è pensato che valesse meglio correre il rischio di lasciare un delitto impunito, che di somministrare ad un individuo i mezzi di entrare in una famiglia non sua.

Ma l' azione criminale potrebbe aver luogo dopo la decisione definitiva sulla quistione di stato, se questa decisione avesse rigettato il reclamo del figlio? Io non lo credo; sarebbe ciò aprire la strada alla frode; il figlio comincerebbe dall' intentare un' azione civile che saprebbe essere mal fondata, per potere dar corso in seguito all' azione criminale, e procurarsi così per mezzo di un' altra azione, un genere di pruova, che la legge gli ricusa (*a*).

(261) Inoltre per evitare ogni collusione negli affari che presentano in generale un grande interesse, e che per di loro natura possono pregiudicare ad altri che non siano parti, nessuna questione di tal genere può essere giudicata senza comunicazione precedente al ministero pubblico.

(*a*) *L' art.* 3 *del Codice d' istruzione criminale citato dall'autore porta che ,, l' azione civile può esser prodotta ed attitata nello stesso ,, tempo ed avanti agli stessi giudici che decidono sull' azione pub- ,, blica. — Ella può esserla ancora separatamente; in questo caso ,, l' esercizio n'è sospeso sino a che siasi pronunciato definitivamente ,, sull' azione pubblica intentata prima, o in pendenza dell' azione ,, civile. ,, Lo stesso è prescritto nelle nostre Leggi penali all'art.* 5. *Ma spesso si son confuse le azioni civili suddette colle quistioni pregiudiziali che si elevano nel corso d' una istruzione per un reato e le quali essendo di tutta diversa natura non possono andar confuse coll' azione pubblica; e debbon rinviarsi ai giudici civili per esser precedentemente giudicate. Non è dunque una eccezione alla regola, ma è un' azione diversa. Tal è quella di stato di cui fa menzione l' autore: ma essa non è la sola. Anche quistioni pregiudiziali all' azione pubblica sono quelle di* proprietà *di* servitù *o di* possesso legittimo, *in modo che se il delinquente si limitasse a dire* feci sed jure feci *i giudici penali debbono sospendere, e rinviare le parti al civile. Tali sono pure nelle procedure correzionali che han per oggetto di verificare e punire la violazione d' un deposito, la soppressione di un titolo, le quistioni pregiudiziali sul deposito, e sulla preesistenza del titolo: e tale può esser ancora un' altra causa criminale che fosse di pregiudizio all' altra, come nell' accusa di bigamia l' inscrizione in falso dell' atto che si produce per provare l' antecedente legittimo matrimonio. (V.* Bourguignon *Man. d' instr. crim. dis. prelim.*

L' azione per reclamazione di stato è imprescrittibile 328
riguardo al figlio (262). 250

Quanto ai suoi eredi (263), bisogna distinguere:

Osservate che se la causa vien rimessa al criminale, gl' individui colpevoli di ratto, di occultazione o soppressione di un fanciullo, di sostituzione di uno all' altro, o di supposizione di un fanciullo ad una donna non partorita, sono puniti di reclusione. La stessa pena è pronunciata contro coloro i quali essendo incaricati di un fanciullo, non lo ripresentano alle persone che hanno dritto di reclamarlo. (*Cod. pen.* art. 345) (*a*).

Osservate ancora che onde vi sia luogo all' applicazione degli art. 326 e 327 bisogna che siavi questione di stato. Se dunque non vi sia tal questione, come, per esempio, se colui che si querela della soppressione del suo stato fosse nel possesso libero e tranquillo dello stato soppresso, io penso che l' azione criminale potrebbe aver luogo immediatamente, e che lo stesso sarebbe se si trattasse di un delitto, che non abbia alcun nesso con la questione di stato, per es. dell' esposizione di un fanciullo ec.

(262) La prescrizione si è introdotta per non lasciare le proprietà incerte; e qui essa avrebbe al contrario per effetto di lasciare lo stato del fanciullo incerto. Ma notate, che non vi ha se non l'azione di reclamo di stato che sia imprescrittibile. I dritti pecuniarj che potrebbero risultare in favore del fanciullo dallo stato che reclama, sono prescrittibili a suo riguardo come a riguardo di ogni altro. Se dunque egli viene in virtù del suo novello stato a reclamare una successione aperta da più di 30 anni, si potrà, se vi ha luogo, opporgli la prescrizione, salve le sospensioni o interruzioni di dritto ec.

Ma potrebbe opporsi al fanciullo che reclama il suo stato, l' abbandono ch' egli avesse fatto di un somigliante reclamo precedentemente da lui avanzato? Io penso che sì, e che in conseguenza si giudicò ragionevolmente in Parigi il 3 luglio 1812, che il fanciullo il quale, divenuto maggiore, aveva disapprovata l' istanza sul reclamo di stato fatta in suo nome dal suo tutore, era non ammissibile a riprodurla in seguito (Sirey, 1814, 2. par. p. 42).

(263) Bisogna intendere questa parola nel senso stesso che nel caso di rifiuto, cioè non solo degli eredi diretti o collaterali del fanciullo, ma ancora di tutti quelli che possono avere un interesse pecuniario a reclamare lo stato del fanciullo, come i legatarj, a qualunque siasi titolo, i donatarj, anche i creditori, ec. Applicate inoltre qui la distinzione stabilita nell'ultimo paragrafo della nota 240 p. 125.

Anticamente si seguivano in Francia le disposizioni delle leggi romane al Titolo *Ne de statu defunctorum* ec. Ed in conseguenza quando il figlio moriva durante l' appello, si distingueva: s' era appellante, le parti interessate potevano continuare l' istanza. Ma se era intimato, cioè se aveva guadagnato in prima istanza, la questione di stato era terminata, e faceva d' uopo attenersi alla sentenza ch' era stata pronunciata

---

(*a*) *Vedi le osserv. a questo tit. sez.* 2. §. 2. *dove analizzeremo quest' art. cit. dall' autore corrispondente all' art.* 346 *delle nostre Leggi penali.*

o l'azione è promossa dal figlio, ed allora gli eredi possono proseguirla, purchè non v' abbia egli formalmente receduto, o non abbia lasciato oltrepassare tre anni senza 330 continuare la procedura, computabili dall' ultimo atto 252 di procedimento (264).

Se il figlio non abbia reclamato, i di lui eredi non possono intentare l' azione se non nel caso in cui fosse 329 morto in età minore, o ne' cinque anni dopo la sua mag- 251 gior età (265).

---

mentre viveva. L. 1. §. 3. *eod:* Del pari non si poteva impugnare lo stato di un individuo cinque anni dopo la sua morte. L. 1 *in princip. eod.* (De la Combe, *verbo Etat* n.° 4). Queste disposizioni esorbitanti dal dritto comune non essendo state conservate dal Codice, debbono riguardarsi come abrogate (a).

(264) Sembrerebbe risultare dalla discussione, che questa specie di prescrizione che può essere opposta agli eredi del figlio, non potrebbe esser opposta a lui stesso, e che a suo riguardo tutto è imprescrittibile. Intanto, come il Codice di procedura, posteriore al Codice civile, decide (art. 397 e 398 † 490 e 491) che la perenzione ha luogo in ogni istanza, e contro ogni sorte di persone, io credo dover recedere dall'opinione emessa nelle mie precedenti edizioni, e decidere che la perenzione può esser domandata anche contro il figlio che reclama il suo stato; e se la medesima non estingue l' azione ch' è imprescrittibile, avrà almeno per effetto d' impedirgli di prevalersi di alcuno degli atti della procedura perenta (Proced. art. 401 † 494). Ma riflettete che riguardo agli eredi, il termine di tre anni decorsi senza prosieguo di azione dalla parte del figlio, computando dall' ultimo atto della procedura, opera una prescrizione, o un' eccezione d' inammissibilità, e non solamente una perenzione. Ciò è essenziale ad avvertirsi per due ragioni: la prima si è che la prescrizione estingue l' azione, la perenzione non estingue che la procedura; la seconda si è che la prescrizione si opera di pieno dritto per lo solo scorrere del tempo, e senza che siavi bisogno di domandarla; la perenzione al contrario ha bisogno di esser domandata. (*Cod. di proc.* art. 399 † 492).

(265) Ma allora qual termine avranno gli eredi? Non può disconvenirsi certamente che non sia troppo lungo quello di 30 anni. Ma, nondimeno, nel silenzio della legge, non si può qui applicare che l'art. 2262: ben' inteso che i 30 anni dovrebbero decorrere dal giorno della morte del figlio.

(a) *Tanto su questa quanto sulle seguenti note 264 e 265 veggasi* Toullier *che uniformemente al nostro autore sviluppa gli stessi principj e ne classifica le conseguenze.* (*L. cit. num.* 908 *a* 914.)

§. II.

Della legittimazione de' figli per susseguente matrimonio (266).

Abbiam detto che il secondo effetto del matrimonio relativo allo stato de' figli era di render legittimi quelli nati prima del matrimonio (267) dal commercio che i 331 253

---

(266) Questo modo di legittimazione, stabilito sulle prime dal dritto romano (L. 10. Cod. *de natural. liberis*) era stato introdotto nel nostro dritto da una decisione del papa Alessandro III., che trovasi al Cap. 6. *extra*; *qui filii sint legitimi.*

(267) *Quid* riguardo a quei che sono nati dopo il matrimonio, ma che siano stati evidentemente concepiti prima, *puta*, quei che sono nati nel 180.mo giorno del matrimonio? Noi abbiam di sopra dimostrato nella nota 228 p. 119, che questi figli debbon esser riguardati come legittimi egualmente che i figli concepiti e nati fuori matrimonio; poichè in effetto non è l' epoca della nascita ma quella del concepimento che determina la legittimità. Perchè dunque l' art. 331 † 253, non parla che de' figli nati fuori matrimonio? Quest' è perchè il figlio nato nel matrimonio, tuttochè concepito prima, non ha bisogno di essere riconosciuto per esser legittimato. Basta che non sia rifiutato (art. 314 † 236); in luogo che il figlio concepito e nato fuori matrimonio non è legittimato, se non quando sia stato riconosciuto al più tardi nell' atto della celebrazione del matrimonio. Vedesi, dopo ciò, che la sorte del figlio concepito prima del matrimonio, ma nato nel matrimonio, essendo stata precedentemente regolata dall' articolo 314, l' art. 331 non dovea più occuparsi che del figlio concepito e nato prima del matrimonio.

L' articolo aggiunge; *potranno esser legittimati.* Da questa espressione *potranno*, non bisogna concludere che la legittimazione sia totalmente facoltativa dalla parte del padre e della madre. Essi sono in libertà, senza dubbio, di non riconoscere il figlio nato dal loro commercio, e con ciò lo priveranno del beneficio della legittimazione; ma se essi l' hanno una volta riconosciuto, la legittimazione ha luogo di dritto, e non dipende più da essi l' impedirla. Bisogna dunque intendere questa parola *potranno*, nel senso che il matrimonio è il mezzo che la legge offre ai padri ed alle madri naturali per legittimare i loro figli. Del resto si è qui derogato all' antico dritto, secondo il quale il figlio benchè non riconosciuto era legittimato di dritto pel matrimonio de' suoi genitori, provandosi da lui, ch' egli era provenuto dal commercio che i due sposi aveano avuto insieme prima del matrimonio. Questa differenza deriva dal perchè era allora permesso al figlio naturale di ricercare la paternità; il che presentemente gli è proibito dall' art. 340 † 263.

Si propone la seguente quistione. Un figlio naturale è stato riconosciuto soltanto dal suo padre. Quest' ultimo si marita colla madre

due sposi avessero avuto insieme a quell'epoca, e di dar
333 loro gli stessi dritti come se fossero nati dal matrimonio
255 medesimo (268), ma è d' uopo perciò, 1.° che i figli

---

del fanciullo suddetto, ma che non l' ha riconosciuto. Questo fanciullo può a' termini dell' art. 341 † 264 pruovare la maternità. Ma s' egli perviene a provarla posteriormente al matrimonio, sarà egli riputato di essere stato legittimato col matrimonio? Io nol credo. La pruova della maternità equivale al riconoscimento della madre. Ma essa non può avere maggiore effetto. Ora, il riconoscimento della madre posteriore al matrimonio, opererebbe la legittimazione? Nò, senza dubbio, poichè secondo l' articolo 331 † 213 essa debb' esser fatta al più tardi nell'atto della celebrazione del matrimonio. Dunque ec.

(268) Quindi il figlio legittimo si reputa nato dal matrimonio che lo ha legittimato. Egli dunque non può raccogliere le successioni aperte prima del matrimonio, benchè posteriori al suo concepimento ed anche alla sua nascita. (Vedete quì sopra la nota 228 p. 119). Per la stessa ragione egli non sarebbe certamente il primogenito riguardo ai figli di un matrimonio precedente ancorchè fosse di un'età maggiore, come nel caso seguente:

,, Pietro ha un figlio naturale da Giovanna riconosciuto da en-
,, trambi: quindi egli sposa Maria dalla quale ha de' figli legittimi;
,, divenuto vedovo, sposa Giovanna. Questo matrimonio legittima cer-
,, tamente il figlio che aveva avuto da Giovanna: ma benchè questi sia
,, di maggior età de' figli di Maria, pure costoro sono riputati tutti
,, primogeniti riguardo a lui.

Siffatta disposizione può essere di qualche importanza nel caso di un majorasco.

Osservate intanto questa differenza, che se il figlio legittimato fosse realmente nato dal matrimonio, andrebbero rivocate tutte le donazioni anteriori a questo matrimonio: in luogo che quelle sole le quali furono anteriori alla sua nascita può egli far rivocare (art. 960 † 885). In conseguenza non vi son comprese quelle fatte nell'intervallo di tempo tra la sua nascita e il matrimonio che lo ha legittimato.

Del resto tutto ciò che si è detto pruova che la legittimazione per susseguente matrimonio non è fondata nè sopra di una finzione della legge, che faccia risalire l' epoca del matrimonio a quella del concepimento, altrimenti il figlio legittimato sarebbe il primogenito de' figli di un matrimonio; nè è fondata sull' altra finzione, che faccia discendere l'epoca del concepimento del figlio a quella del matrimonio, altrimenti egli produrrebbe la rivocazione di tutte le donazioni anteriori al matrimonio. Questa legittimazione non può esser dunque poggiata, come dice Pothier, che sulla supposizione della legge di aver avuto le parti nel tempo del concepimento l' intenzione di contrarre insieme il matrimonio; che la violenza della passione le fece cadere, che il di loro commercio è una specie di anticipazione del matrimonio cui si proponevano di contrarre ed hanno poi in effetti contratto; di maniera che i figli nati da questo commercio debbano essere riguardati come frutti anticipati del matrimonio. Da ciò segue che se all' epoca del concepi-

non provvengano da commercio incestuoso o adulterino (269);

---

mento esisteva un impedimento al matrimonio, il figlio non potrebbe legittimarsi quand' anche l' impedimento si trovasse tolto di poi, e che il matrimonio avesse in effetti luogo. È in tal modo che, come lo vedremo nella seguente nota, il figlio nato dal commercio di uno zio con la nipote, non è legittimato col loro matrimonio, contratto anche con dispensa. Dovrebbe esser lo stesso tanto maggiormente, se l'impedimento esistente nell' atto del concepimento era allora presso a poco invincibile.

Malgrado questi principj, che io tengo per incontrastabili, la Corte di Bourges giudicò il 14 marzo 1809 (Sirey, 1809, 2. par. p. 206), che il figlio nato prima della rivoluzione dal commercio di un prete con una donzella avrebbe potuto esser legittimato col matrimonio contratto da' suoi genitori dopo la rivoluzione; come se potesse supporsi che coloro all' istante del concepimento avevano l' intenzione di maritarsi un giorno. Si disse, che in virtù della decretale citata, 6, x. *qui filii sint legitimi*, il solo matrimonio legittimava senza l' ajuto di alcuna finzione. Ma allora perchè nella decretale stessa è scritto che i figli adulterini non potranno essere legittimati; disposizione adottata dal Codice nell' art. 331 † 253? E perchè mai questo articolo stesso decide ancora, che il figlio nato da incesto non può esser legittimato anche quando il suo padre e la sua madre venissero a contrarre matrimonio insieme, ottenute le dispense? Il matrimonio del padre e della madre non basta dunque per legittimare i figli; fa d'uopo ancora che questi siano atti a ricevere il beneficio della legittimazione; il che non ha luogo se non quando essi sono nati *ex soluto et soluta*. Or può mai dirsi che un prete era *solutus* prima della rivoluzione (a)?

Il fanciullo potrebb'egli esser legittimato suo malgrado? Io penso che debba egli consentire tacitamente almeno, cioè che fa d' uopo ch'ei non reclami, dapoichè non vi ha legittimazione senza riconoscimento, ed ogni riconoscimento può essere impugnato da tutti coloro che vi hanno interesse. Esso può dunque esserlo per mezzo del figlio medesimo, s'egli vi ha interesse, come lo vedremo all'art. 339 † 262. Quindi la Corte reale di Parigi giudicò con ragione il 28 decembre 1811, che la nullità della legittimazione poteva essere pronunciata sulla domanda del figlio (Sirey, 1812, 2. par. p. 67).

(269) Noi vedremo quì appresso al Tit. *de' figli naturali* ciò che debba intendersi per un commercio incestuoso o adulterino.

Il fanciullo nato dal commercio dello zio con la nipote può essere legittimato col matrimonio susseguente del padre e della madre, contratto con dispensa del re, come vien permesso dall'art. 164 † 161? Io non lo credo, poichè non ha potuto avere in vista altro caso che questo l' art. 331 † 253, quando disse che il figlio incestuoso non potrebbe esser legittimato per susseguente matrimonio de' suoi genitori. Di fatti l' articolo suppone evidentemente il caso in cui il padre e la

---

(a) *Tra noi questo potrebb' esser diversamente risoluto, o almeno dar luogo a quistioni.*

E 2.° che sieno stati riconosciuti per figli dai loro genitori prima del matrimonio, o al più tardi nell' atto stesso della celebrazione del matrimonio (270).

331
253

La legittimazione mediante susseguente matrimonio giova non solo ai figli esistenti, ma anche ai loro discendenti superstiti, ove quelli fosser premorti (271).

332
254

---

madre di un figlio incestuoso contraggano un valido matrimonio; e decide che esso non legittimerà punto quel figlio. Or non puossi ottenere validità di matrimonio fra il padre e la madre di un figlio incestuoso che nel caso dell' art. 164, cioè quando gli sposi fossero lo zio e la nipote, il nipote e la zia, e che il figlio sia nato dal loro commercio; dunque è precisamente per questo caso, e per quest' unico caso, che l' art. 331 decise che il matrimonio susseguente non legittimerebbe il figlio incestuoso. D'altronde lo stesso articolo formalmente decide che il fanciullo concepito e nato fuori del matrimonio non può esser legittimato se non quando sia stato riconosciuto. Ora a'termini dell'art. 335 † 258 il riconoscimento non può aver luogo a pro de' figli incestuosi (*a*).

(270) Può egli esser riconosciuto durante il matrimonio? Sì (art. 337 † 260). Ma egli non potrà in questo caso reclamare che i dritti di figlio naturale. Questa differenza perchè? Probabilmente perchè si è temuto che i conjugi con fraudolento accordo non s' inducessero a riconoscere, e per conseguenza a legittimare un fanciullo che loro non appartenesse.

Quid se vi sia stato un matrimonio precedente, ma posteriore alla nascita del fanciullo da legittimarsi? Bisogna distinguere: se non esiste alcun figlio del primo matrimonio, la legittimazione ha tutti i suoi effetti, in qualunque epoca il fanciullo sia stato riconosciuto, purchè il sia al più tardi nel momento della celebrazione del secondo matrimonio. Ma se vi hanno figli del primo letto, il fanciullo potrà essere legittimato; ma la legittimazione non potrà pregiudicare ai figli del primo letto, se non quando il riconoscimento sarà anteriore a questo matrimonio (art. 337).

(271) Per esempio: Pietro e Giovanna tengono due figli naturali che hanno riconosciuti: uno de'due muore, lasciando figli. Pietro sposa in seguito Giovanna. Non solamente il figlio naturale superstite vien legittimato, ma ancora i figli di colui ch'è predefunto hanno gli stessi dritti come se il di loro padre fosse stato realmente legittimato.

È da questa disposizione, esistente del pari nell'antico dritto, che si era conchiuso il matrimonio aver effetto retroattivo al momento della nascita. Ma allora come conciliare questa dottrina con quella che nell'antica come nella nuova legislazione accordava il dritto di primogenitura al figlio nato da un primo matrimonio in pregiudizio di chi fu legittimato per mezzo di un matrimonio susseguente, quantunque

(*a*) *Veggasi quel che da noi si dirà sulla legittimazione dei figli nati da commercio vietato che per dispensa si fosse cambiato in legittimo matrimonio, nelle nostre osserv. a questo tit. sez. 6. §. 4.*

Sezione III.

Degli effetti del matrimonio relativi ai dritti e doveri vicendevoli de' genitori e de' figli.

La stessa legge naturale ha determinato i dritti e le obbligazioni dei genitori e de' figli. Essa proclama queste verità: che il figlio in qualunque età debbe onore e rispetto al padre ed alla madre, e che questi sono in dovere di nudrire (272) ed allevare (273) i loro fi- 371 287 203 193

questi fosse di un età maggiore di quegli? Fa d'uopo adunque attenersi su questo punto a ciò che si disse di sopra alla nota 268 p. 137.

Potrebbe forse riconoscersi, e per conseguenza legittimarsi un figlio naturale premorto, e che non avesse lasciato prole? Prima di tutto, esaminiamo se può esservi qualche interesse per farlo. L'affermativa non è dubbiosa: poichè, se questo fanciullo ha de' beni, il padre e la madre hanno interesse di riconoscerlo affin di succedergli. Nulladimeno io non penso che possa egli esser riconosciuto, nè per conseguenza legittimato. Primieramente perchè è principio che il nulla non può acquistare, e che non può conferirglisi alcun dritto. Egli dunque è verissimo il dire che, come principio generale e rigoroso, il fanciullo morto non può essere nè riconosciuto nè legittimato. Sembrava che per l'art. 332 † 254 fosse stato stabilito il contrario; ma è precisamente perchè questo art. racchiude un'eccezione ai principj ordinarj del dritto, che debb'esser ristretto nel suo caso particolare. Or esso non permette di riconoscere o di legittimare il figlio naturale morto, che quando ha lasciato de' figli; dunque ciò non può aver luogo in alcun altro caso. Soggiungiamo che ove si supponga il riconoscimento aver avuto luogo dopo la morte, ne risulta che la successione del figlio essendosi ritrovata aperta prima, è stata devoluta a coloro che avevano dritto a raccoglierla in mancanza del padre e della madre: or non sarebbe contrario a tutt'i principj che un individuo potesse con un riconoscimento tardivo ed in tutto dipendente dalla sua volontà, privare le terze persone, o anche lo stato, di un dritto legittimamente acquistato?

(272) Cioè di somministrare loro il nudrimento propriamente detto, il vestimento e l'abitazione: *Legatis alimentis* (dice la Legge 6 ff. *de alimentis vel cibariis legatis*) *cibaria et vestitus et habitatio debentur, quia sine his ali corpus non potest.*

(273) Cioè dar loro l'educazione proporzionata allo stato ed alle facoltà de' genitori, non che al grado che i figli dovranno un giorno occupare nella società; porli, se vi ha luogo, in istato di guadagnarsi la vita, facendo loro apprendere un mestiere, o in ogni altro modo. Ma l'obbligo si limita all'istruzione, nè si estende fino allo stabilimento (art. 204 † 294.

Risulta da queste disposizioni, che gl'istitutori de' fanciulli hanno

gli (274); ma la legge civile ha dovuto occuparsi altresì della cura di regolare questi dritti ed obblighi in modo preciso: indi le disposizioni relative alla potestà paterna, che saranno l' oggetto di un Titolo particolare, e quelle le quali concernono gli alimenti che i genitori ed i figli scambievolmente si debbono, del quale ultimo oggetto tratterà la presente sezione.

---

un' azione diretta contro il padre e la madre per farsi pagare le pensioni, e gli onorarj; ma quest' azione non pregiudica in nulla quella che i medesimi possono esercitare contro gli allievi stessi, se costoro hanno mezzi sufficienti da pagarli. Così fu giudicato in Aix li 11 agosto 1812; (Sirey, 1812, 2. par. p. 369) ed in cassazione li 18 agosto 1813 (*ibid.* 1814, 1. par. p. 86).

(274) La stessa disposizione si applica ai figli naturali riconosciuti (*a*). *Quid* se sono di maggiore età? L' obbligo di nudrirli sussiste sempre, allorchè sono nel bisogno, e nell' impossibilità attuale di guadagnarsi la vita. Una decisione della Corte di Grenoble ha puranche giudicato che un padre era tenuto a fornire gli alimenti a sua figlia maritatasi malgrado lui, e 'l ricorso contro questa sentenza venne rigettato il 7 decembre 1808 (Sirey, 1809, 1. par. p. 38). *Necare videtur qui alimonia denegat.* (L. 4. ff. *de agnosc. et al. liberis*).

Quid se il figlio fosse stato messo precedentemente in istato di guadagnar la sua vita? Il giudice osserverà se il bisogno del medesimo provenga da sua colpa, da sua infingardaggine, o da altre circostanze. *Aditi a te competentes judices*, dice la legge 5, §. 7, *eod. tit.*, *ali te a padre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus: si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis.* Sarebbe lo stesso, se fosse provato che il lavoro manca, e che il figlio non può procurarsene.

Quid se il figlio siasi reso colpevole di considerevole ingiuria contro suo padre? La legge 5 §. 11 *cod.*, dispensava il padre ch'era stato denunciato dal figlio dall' obbligo di somministrargli in verun modo gli alimenti. Sarebbe lo stesso presso di noi? Potrebbe forse applicarsi qui l' art. 727 † 648, ed ammettere nel caso degli alimenti, le stesse cause che rendono indegna la persona rispetto alle successioni, cioè le due prime disposizioni dell' indicato articolo? poichè se la legge decide, che

(*a*) *Ma se la ricognizione della paternità fatta si fosse non con atto autentico, come vuole la legge nell' art.* 334 † 257, *ma in forma privata, darebb'essa dritto al figlio naturale per gli alimenti? Dissero di no le Corti di Pau nel* 18 *luglio* 1810, *di Roano nel* 18 *febbrajo* 1809, *e di Digione nel* 24 *maggio* 1817; *ma la Corte di Angers fu per l' affermativa nel caso in cui tal ricognizione si fosse fatta con testamento olografo, colla decisione del* 25 *termidoro anno* 13. *V. Sirey*, 11, 2, 12; 9, 2, 199; 17, 2, 278, *e* 7, 2, 778.

La Corte di Parigi convenne nella negativa, ancorchè con questa firma privata si fosse il padre naturale obbligato agli alimenti — 22 *luglio* 1811, *ivi*, 11, 2, 389.

Abbiam detto che i genitori sono obbligati a nudrire ed allevare i loro figli; ma qui si limita il dritto di questi quanto all' azione civile. Essi non possono, come altre volte presso i Romani, forzare i loro parenti a procurar loro uno stabilimento a causa di matrimonio o per qualunque altro titolo (275). 204 194

Reciprocamente i figli sono tenuti a somministrare gli alimenti ai loro genitori ed altri ascendenti (276) nel

---

in questo caso il figlio debba esser privo di ogni dritto alla successione del padre, tanto maggiormente debb' egli esserlo del dritto di domandar a lui gli alimenti durante la vita (*a*).

Bisogna osservare 1. che l' obbligo di nudrire i figli del matrimonio, imposto ai conjugi dall' art. 203 † 198, vien loro congiuntamente imposto, d' onde segue che sia un obbligo ad essi naturalmente comune, e che dev' esser adempito da ambidue, e solidalmente, quand' anche non vi fosse comunione fra essi. Da riscontrarsi una decisione di Colmar del 7 agosto 1813 (Sirey, 1813, 2. par. p. 374). Ma se i conjugi sono maritati sotto la regola dotale, e vi sia stata una dote costituita, come questa vien accordata al marito per sostenere i pesi del matrimonio, nel numero de' quali vi è il nutrimento, e l' educazione de' figli comuni, così appartiene allora al solo marito siffatto incarico. Ma s' ei non trovasi in circostanze di sovvenirvi, si appartiene alla moglie di provvedervi, anche su i proprii beni parafernali.

2. Che sotto il vocabolo *figlio* bisogna intendere tutt' i discendenti, salvo che il dritto non può essere esercitato che gradatamente risalendo, e non *omisso medio*. In tal modo il nipote che ha ancora padre e madre deve prima di tutto dirigersi ad essi, e non è che in caso di loro impossibilità che può dirigersi all' avo (L. 8 ff. *eod.*)

(275) Ma se l' obbligo di dotare non è fondato sulla legge civile, è nulladimeno riputato come un obbligo naturale, come il vedremo al Tit. *del contratto di matrimonio*.

(276) Ma osservando la stessa gradazione, di cui parlammo relativamente ai discendenti, cioè che l' avo dee dirigersi al figlio, prima di agire contro il nipote; e così di seguito. Ma se vi sono de' figli in

(*a*) *Noi crediamo all' opposto con gli altri interpetri che ci han preceduto, che se il figlio sia incorso in una delle cause di diredazione prevedute dalle nuove Leggi negli art.* 848 † 849, *se anche avesse contratto matrimonio senza il paterno consenso, non gli si possono negare gli alimenti. Così è emendato il rigore del roman dritto che* merito *diceva* patrem eum nolle alere quod eum detulerat, l. 5 §. 11 *ff.* de agnosc. et alend. lib. *L' antica nostra giurisprudenza l' avea anche temperato, e sul principio che l' indegnità del figlio non dovea compensarsi con altre empietà costumava non disobbligare il padre se non dagli alimenti relativi, ed obbligarlo agli assoluti, cioè vitto vestito ed abitazione, non in proporzione del patrimonio o della dignità, ma* tantum ne egeat (*Maffei* de jur. reg. *lib.* 2 *cap.* de alend. lib.)

primo grado, e de' nipoti di un figlio premorto tutti solvibili, costoro debbono essi concorrere al pagamento della pensione alimentaria dovuta all' ascendente comune? Io credo che sì. I nipoti succedono ai dritti del loro padre, essi debbono dunque succedere ai di lui pesi; ma non saran computati che per una persona sola.

Noi pensiamo inoltre con Pothier (*del contr. di matrim.* n. 391) che l' obbligo degli alimenti è solidale riguardo a coloro che debbono somministrarli, cioè che l' ascendente bisognoso può dirigersi a quello de' suoi discendenti che vuol prescegliere per domandargli la totalità della pensione alimentaria, s' egli sia in istato di pagarla (*a*). L'ascendente è già disgraziato abbastanza per essere obbligato a domandar del pane a' suoi figli, senza che debba essere ancora costretto a dividere la sua azione fra ciascuno di essi. D' altronde ogni figlio, considerato solo, allorchè ha i mezzi, è obbligato per dritto naturale di somministrare a suo padre la totalità e non una parte di ciò che gli è necessario per la sussistenza. Si vuole, per verità, permetter al figlio, qualora i suoi fratelli abbiano egualmente de' mezzi, di rivolgersi contro di essi per essere indennizzato; ma ciò non diminuisce in menoma cosa il di lui obbligo riguardo al padre. Così deciso a Colmar il 24 giugno 1812 (Sirey, 1813, 2. par. p. 16); ed in questo caso il regresso di colui che ha pagato si esercita secondo gli art. 1213 e 1214 † 1166 e 1167.

Riguardo alla parte della pensione che ciascun figlio deve rimborsare a colui che ha pagato, essa è eguale, se tutti hanno eguali mezzi di fornirvi; altrimenti dev' essere proporzionata alle facoltà di ciascheduno; di maniera che se uno o più fra di loro non sono in istato di contribuirvi, la pensione rimane intieramente a carico degli altri.

Le medesime disposizioni debbono applicarsi agli ascendenti che si trovano nello stesso grado, e che debbono in solido gli alimenti a quelli fra i loro discendenti che fossero nel bisogno.

Quid se la stessa persona ha suo padre e suo figlio ambidue in istato di somministrar gli alimenti? Il figlio solo è tenuto: il suo dovere è più sacro. E d' altronde se la persona fosse ricca non gli succederebbe soltanto il suo figlio? Or, *eumdem sequi debent onera, quem sequuntur emolumenta.*

Nella legge. 5, §. 17 *eod.* Ulpiano esamina la quistione se l' obbligo di somministrar gli alimenti al padre bisognoso, può essere riguardato come un peso della successione del figlio, e debb' essere in conseguenza soddisfatto dal suo erede; ed egli la decide affermativamente. Questa decisione sarebbe senza dubbio seguita presso di noi nel caso in cui l' ascendente si trovasse non aver cos' alcuna a raccogliere nella successione del discendente, come se vi fosse un legatario universale, e che l' ascendente avesse ricevuto durante la vita del defunto l' ammontare della sua legittima. L'obbligazione di somministrarsi scam-

(*a*) *Cos' venne deciso dalla Corte di Parigi nel* 30 *fruttidoro anno XI, e da quella di Colmar nel* 23 *febbrajo* 1813 — Sirey, 7. 2. 779 *e* 14. 2, 3. *Pare però non potersi condannar* solidalmente *i figli alla somministrazione degli alimenti quando la quota della pensione reclamata dai genitori non è in proporzione colla fortuna di ciascun figlio: veggasi la decisione riportata dallo stesso* Sirey *nel vol.* 4, *parte* 2, *pag.* 89.

caso che ne fossero bisognosi (277). Quest' obbligo si

---

bievolmente gli alimenti è contratta dall' ascendente e dal discendente al momento della nascita di quest' ultimo. Essa è contratta sotto due condizioni congiunte; se l' uno è nel bisogno degli alimenti e l'altro nella possibilità di fornirli. L' adempimento delle due condizioni ha un effetto retroattivo all' epoca in cui l' obbligazione fu contratta. (Art. 1179 † 1132). Essa passa dunque coi beni a tutti gli eredi o successori a titolo universale.

I padri e le madri naturali possono domandar gli alimenti ai figli che hanno riconosciuto? Senza dubbio che sì. L' obbligazione degli alimenti è reciproca. Essi son dovuti da tutti coloro che avrebbero, avvenendo il caso, il dritto di esigerne, salvo però il dritto riservato ai figli d' impugnare il riconoscimento, se pretendono di non essere i figli di coloro che li hanno riconosciuti forse unicamente ad effetto di procurarsi un titolo per domandare gli alimenti.

Il credito degli alimenti è desso un dritto esclusivamente attaccato alla persona, nel senso che se, per esempio, un individuo trovandosi in un estremo bisogno, e nell'impossibilità di agire contro quei che secondo la legge sarebbero tenuti a somministrarglieli, improntasse da un terzo una somma destinata alle prime necessità della vita, e venisse in seguito a morire, il creditore non potrebbe agire, in forza dell' art. 1166 † 1119, contro coloro che sarebbero stati tenuti di fornir gli alimenti al defunto? La Corte di Grenoble avea giudicato in favore del creditore nel 27 agosto 1817. Ma la sua decisione venne cassata nel 17 marzo 1819, (Sirey, 1819, par. 1. p. 309). La Corte di cassazione non potendo giudicare la quistione del fatto, deesi supporre, ch' essa non ha inteso decidere che quella del dritto; e sotto questo rapporto io confesso di non poter dividere la sua opinione. Queste parole *dritti esclusivamente attaccati alla persona*, debbono, secondo il mio avviso, intendersi di que' che non possono essere esercitati se non da coloro ai quali competono, e che non potrebbero essere ad altri delegati. Ora andrassi sino a pretendere che l' individuo di cui era quistione, improntando le somme di cui si tratta, o acquistando a credito gli alimenti, non avrebbe potuto delegare ai prestatori o fornitori il dritto di agire contro i parenti che per legge erano tenuti a somministrar gli alimenti? Ma bisogna andare sino a questo estremo, se si adotta il sistema della Corte di cassazione. Che si giudichi d' altronde nel caso seguente qual ne sarebbe il risultamento.

Un padre che ha nelle Indie de'figli, per esempio, cade di botto in bisogno stando in Parigi. Scorrerà necessariamente lungo spazio di tempo sino a che possa egli ricevere nuove de' suoi figli; e quest' intervallo sarà ancora più lungo se sia egli obbligato ad impiegare le vie giudiziarie. Che ne avverrà mai in questo intervallo? Chi vorrà somministrargli gli alimenti? Così potrà egli trovarsi privo di ogni soccorso ed esposto a tutti gli orrori del bisogno, pel solo fatto della lontananza de' suoi figli. Una tale conseguenza è dessa ammessibile?

(277) Si appartiene forse all' ascendente di pruovare ch'ei sia nell' indigenza? Nol credo, poichè sarebbe lo stesso che costringerlo a provare un fatto negativo. Si appartiene dunque ai figli di pruovare ch' egli abbia i mezzi di esistenza. Così deciso a Colmar il 13 febbrajo 1813. (Sirey, 1814, 2. par. p. 3).

205 estende benanche ai generi ed alle nuore verso i loro
195 suoceri e suocere (278), eccetto che in questi due casi:

Il primo quando la suocera è passata a seconde noze (279);

Ed il secondo quando siano morti e quello dei con-
206 jugi dal quale derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua
T. unione (280) coll'altro conjuge.

---

(278) La parola *genero* indica abbastauza che per *beaux-pères et belles-mères* bisogna intendere ciò che i Latini esprimono per *socer*, *socrus*, cioè il padre e la madre del marito, o della moglie, e non il secondo marito della madre, o la seconda moglie del padre, *vitricus*, *noverca*, cui non son dovuti alimenti in alcun caso dai loro figliastri, e figliastre.

Osservate che qui si tratta del caso in cui gli alimenti si devono prendere sopra i beni personali de' generi e delle nuore; ciò che non può aver luogo vivendo l'altro conjuge che in sussidio ed in caso d'insufficienza de' beni del medesimo; poichè se, per esempio, la figlia maritata fosse ella stessa ricca, gli alimenti sarebbero dovuti da lei, e sopra i proprj beni, a tutti i suoi ascendenti; e per conseguenza, se ella fosse in comunione di beni, il debito degli alimenti dovrebbe esser soddisfatto in verità dal genero, ma come debito mobiliare della moglie, e per conseguenza come debito della comunione. Egli vi sarebbe tenuto ugualmente se vi fosse esclusione di comunanza, poichè in questo caso percepisce tutte le rendite de' beni di sua moglie. Ma se questa è separata di beni, o se maritata sotto la regola dotale ha de' beni parafernali, gli alimenti debbono essere somministrati da lei, e sopra i suoi beni personali; e non possono essere presi su i beni personali del genero, che nel caso d'insufficienza, come abbiam detto.

L' art. 206 † T non parla che del suocero e della suocera: deve conchiudersene che i generi e le nuore non dovranno degli alimenti agli altri ascendenti de'loro conjugi? Il sig. Proudhon è di avviso per la negativa, atteso che l'articolo non ne parla. Io non partecipo di questa sua opinione. I generi e le nuore debbono gli alimenti, poichè sono *loco filii* o *filiae*. Essi sono dunque soggetti a tutte le obbligazioni di un figlio o di una figlia, e per conseguenza a quella di nudrire i loro ascendenti per affinità. È precisamente in una materia così favorevole come quella degli alimenti che si dee seguire così alla lettera il testo della legge.

(279) Si appartiene allora al suo nuovo marito di provvedere alla di lei sussistenza; d'altronde rimaritandosi, essa è passata in una nuova famiglia. Queste ragioni non possono applicarsi al suocero che contrae seconde nozze.

(280) Dunque, se vi sieno de' figli, gli alimenti son dovuti; ma da chi? Sembrerebbe risultare dalla redazione dell' art. 206 † T, che in tutt' i casi, sieno dovuti dal genero o dalla nuora superstite. Io penso nulladimeno che bisogna distinguere: se i figli provegnenti dall' unione sono in istato di somministrare gli alimenti, vi sono tenuti essi soli; i legami che uniscono i nipoti all' avo sono ben più stretti

Questa obbligazione è del pari reciproca, vale a dire che gli alimenti possono essere richiesti dai generi e dalle nuore, fuorchè nei casi (281) in cui sarebbero essi medesimi assoluti dal somministrarli (282). 207 196

Gli alimenti sono d'ordinario somministrati in denaro, in proporzione rispettivamente del bisogno (283) e delle sostanze delle parti; d'onde segue che se i bisogni dell' una o le facoltà dell' altra venissero a cessare o diminuire, v' è luogo ad ordinare la liberazione o la riduzione della pensione alimentaria (284). 210 200 208 198 209 199

Il padre e la madre possono, con cognizione di causa (285), andare esenti dal pagare la detta pensione in moneta, offrendo di ricevere, nudrire e mantenere in propria casa il figlio cui debbono gli alimenti. La stessa facoltà può essere accordata del pari, con cognizione di causa, a tutte le persone che debbono somministrare gli 211 T.

---

e più sacri di quelli che uniscono un genero o una nuora al suocero o alla suocera. L' obbligazione de' generi e delle nuore non dev'essere in questo caso che sussidiaria.

(281) Se dunque la suocera è rimaritata, il genero non può più richiedere gli alimenti. Del pari, se la figlia è morta senza figli, il suo marito non può più domandare gli alimenti al suocero o alla suocera; per la stessa ragione la nuora rimaritata non può più domandarli al suocero o alla suocera.

(282) Io credo che bisognerebbe egualmente eccettuare il caso in cui i generi o le nuore avessero de' figli in istato di somministrar loro gli alimenti. L' obbligo de' figli è più sacro di quello dei suoceri e delle suocere.

(283) Fa d' uopo qui intendere il bisogno relativo, cioè proporzionato all' età, alla forza, allo stato di salute o di malattia, ed anche, accadendo il caso, al grado che la persona occupò precedentemente nel mondo.

Osservate che la sentenza la quale ordina la somministrazione degli alimenti, prescrive nel tempo stesso che essi siano soddisfatti per trimestre, o per semestre, e sempre anticipati.

(284) E si può per ciò dirigersi allo stesso tribunale che l'ha fissata. Ciò non è affatto contrario al principio della pratica giudiziaria, la quale non vuole che un tribunale possa riformare esso stesso le proprie sentenze. Qui non vi è riforma; il tribunale giudicò in tal tempo ed in virtù di tali circostanze, esso attualmente giudica che debb' essere soppressa, ridotta, o anche aumentata; ciò non è ritrattarsi, ma bensì giudicare un' altra causa.

(285) Si esaminerà per modo di esempio, se il figlio non abbia a temere de' cattivi trattamenti o de' cattivi esempj, soprattutto se sia una donzella.

210 alimenti, ove giustifichino di non poter pagare la pen-
200 sione in danaro (286).

CAPITOLO V.

DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

Nell' attuale legislazione, il matrimonio può essere sciolto nei due seguenti modi;

1.° Per la morte naturale di uno de' conjugi;

227 2.° Per la morte civile di uno di essi, ma però dopo
216 che la condanna sia diventata diffinitiva (287).

---

(286) I padri e le madri non vanno soggetti a questa pruova. Il figlio non può giammai riputarsi umiliato nel venire a prendere gli alimenti nella casa del padre.

Dal perchè gli ascendenti e discendenti sono tenuti a somministrarsi scambievoli alimenti, dee conchiudersene che vi sarebbe luogo fra essi a ciò che gli autori chiamavano *il beneficio di competenza?* Era questa un' eccezione, secondo la quale una persona non poteva pagare *ultra id quod facere poterat deducto ne egeret.* (L. 173 ff. *de reg. juris*). Questo beneficio era accordato agli ascendenti riguardo ai discendenti, al patrono ed ai suoi figli e discendenti riguardo ai liberti, al marito citato per la restituzione della dote, ai socj fra di loro, al donante riguardo al donatario, ed ai militari riguardo a tutti (LL. 16, 17, 18 e 19 ff. *de re judicata*). Questo beneficio è stato abrogato in Francia da lungo tempo. Si è riconosciuto che si poteva trovar inconveniente di obbligare un figlio a soffrire prima di tutto una riduzione sul suo credito contro del padre, il quale poteva dissipare l'ammontare di questa riduzione, senza che gl' impedisse di domandare inoltre gli alimenti. Senza dubbio la legge naturale proibisce ad un figlio di dirigere contro suo padre rigorose procedure; ma finalmente se lo facesse e se le di lui domande fossero conformi alle leggi, i giudici sarebbero tenuti a pronunciare, ed a farvi dar esecuzione come riguardo ad ogni altra persona, salvo l'arresto personale, che non sarebbe affatto accordato al figlio contro del padre; e reciprocamente; e salvo al padre a formare in seguito contro il figlio una domanda per la somministrazione degli alimenti.

(287) Il Codice dice: *Per la condanna divenuta definitiva, di uno de' conjugi, a pena portante morte civile.* Ma egli è chiaro, che questa redazione non è perfettamente esatta. Risulta formalmente dall' art. 25 † T che il matrimonio del condannato non è disciolto che per la morte civile: e la morte civile non è incorsa per mezzo della condanna anche definitiva; bisogna ancora che vi sia stata l'esecuzione.

Pertanto fa d' uopo dire che se la redazione dell' art. 227 † 216 è inesatta nel senso che la condanna stessa ad una pena portante la morte civile non basta per disciogliere il matrimonio, e che vi fa d' uopo an-

*

cora l' esecuzione, essa può nulladimeno esser compresa in questo senso, che la morte civile stessa non discioglie il matrimonio, finchè la condanna non è divenuta diffinitiva; ciò che può avvenire allorchè la condanna ha avuto luogo per contumacia, e che l' accusato non siasi ripresentato nei cinque anni; ed allora la morte civile è incorsa, e la condanna intanto non è diffinitiva, poichè se il condannato si ripresenta ne' venti anni computabili dalla data del giudizio, ed è assoluto o condannato ad una pena non portante morte civile, egli ricupera la vita civile per l'avvenire (art. 31 † 34). Ecco dunque, a mio avviso, come debbono essere intesi gli art. 25 e 227: Se la condanna ad una pena portante morte civile fu pronunciata in contradizione, il matrimonio è disciolto con l' esecuzione, sia reale sia in effigie: se ha avuto luogo per contumacia, il matrimonio non è disciolto che per lo spirar del termine di venti anni conceduto all' accusato a purgare la contumacia. Questa interpretazione mi sembra tanto più ammessibile, in quanto ch' essa rende le disposizioni della legge più conformi alla morale ed al principio dell' insolubilità del matrimonio.

Riguardo alla differenza essenziale che esiste in quanto agli effetti, fra questo discioglimento e quello che ha luogo con la morte naturale, vedete nel primo tomo la nota 27 pag. 104.

OSSERVAZIONI

SUL TITOLO SESTO.

Il Titolo del matrimonio è quello che ha subito nella nostra nuova legislazione maggior numero di cambiamenti, soppressioni, e riforme essenziali. Conveniva perciò presentare come in un quadro tutta la materia, senza sminuzzarla in tante parziali osservazioni, che ne avrebbero fatto smarrire l' insieme. Uscendo quindi dall' ordine sinora tenuto, daremo quì una esposizione ragionata, distinta, ed a maggior chiarezza divisa in più sezioni, di quanto forma sul matrimonio la diversità fra le due legislazioni napolitana e francese. Ne indicheremo ancora, ma appena con qualche cenno, le concordanze, e vi aggiungeremo le disposizioni desunte dal dritto canonico, come quelle che debbono osservarsi nel Regno.

DEL MATRIMONIO.

Sin dalla formazion primitiva delle società si conobbe che sussister non potevano senza regolare pacifica e costante congiunzione de' due sessi, ad oggetto di procreare la prole e compiere i vuoti che la morte, necessario attributo di ogni cosa terrena, lasciava nel corpo sociale. Quindi fu prima cura de' legislatori metter questi accoppiamenti, già dalla natura indicati e promossi, sotto la protezione tutelare de' numi, onde partecipassero del rispetto a questi dovuto: e siccome il progresso delle società istesse, il loro incominciato incivilimento, e le moltiplici relazioni che s' introdussero nelle proprietà e nelle successioni sì da vicino collegavansi colla propagazione delle famiglie, convenne stabilire norme certe, salde guarentigie, e porre in una parola la crescente prole sotto la tutela della politica associazione. Surse così il matrimonio riguardato come un contratto destinato a render legittima l' unione dell' uomo colla donna. Così la religione e la legge concorsero

a perfezionarlo, ed a renderlo il primo e 'l più tenace de' legami i quali riuniscono gli uomini; caro ed a quei che il formano ed alla società cui perpetua; un bene insomma nel tempo stesso e pubblico e privato, poichè appartiene ed interessa non meno agli stati che agl' individui ed alle famiglie.

Ma se le leggi naturali sono le stesse dovunque perchè nel cuore dell' uomo scolpite, e colla sola retta ragione conosciute, non così avvenne delle leggi religiose e civili che variando secondo i diversi culti ed i codici diversi, dove più dove meno influirono sul matrimonio.

La nuova legislazione francese separò totalmente la religione dal matrimonio, che considerò sotto il solo aspetto di civile contratto, interamente sottoponendolo alle leggi ed alle autorità civili.

Da essa noi fummo regolati un decennio: ma sin dal primo mese dopo il ritorno del nostro Monarca in questa parte de' suoi dominj, fu sua cura di togliere da quel Codice alcune disposizioni che si allontanavano dai principj della Chiesa cattolica, ed altre riformarne per rapprossimare quanto più potevasi questo contratto alla qualità di sacramento. A tali oggetti mirarono i due reali decreti de' 13 e 16 giugno 1815.

Finalmente colla pubblicazione delle nuove Leggi civili si è data una nuova forma a questa materia, e senza recar pregiudizio a quanto la religione prescrive, si sono presentate le regole che debbon guidare gli sposi in questo contratto per ottenerne gli effetti civili rimasti tutti nella dipendenza della civile autorità (*a*). Ed è ciò tanto vero, che chiaramente spiega il Legislatore limitar la legge la sua disposizione riguardo al matrimonio agli effetti civili, e politici (art. 150), e sotto questo solo aspetto regola essa la qualità, e le condi-

---

(*a*) Un contratto così interessante, che forma la sorte degl' individui delle famiglie, e che ha tanta influenza sul ben essere sociale non potea esser sottratto dai regolamenti civili; e presso tutte le nazioni colte la legge civile, dice il signor Toullier, si è occupata di prescriver le regole e le solennità de' matrimonii, senz' abbandonarli alla licenza delle passioni, ed al capriccio de' contraenti. Questa è pure la dottrina dei più sensati cattolici. Vaglia per tutti il nostro Aquinate. *Matrimonium autem, in quantum est officium naturae, statuitur jure naturae; in quantum est officium communitatis, statuitur jure civili; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino: et ideo ex qualibet dictarum legum persona potest effici ad matrimonium illegitima* (*in* 4 *sent. dist.* 3 *quaest.* 1. *art.* 1 *et* 4); ed altrove con maggior chiarezza: *Dicendum quod matrimonium, cum fiat per modum contractus cujusdam, ordinationi legis positivae subjacet, sicut alii contractus.* (*Ibid. dist.* 36, *art.* 5).

zione de' contraenti; determina le formalità che preceder debbono la celebrazione, la loro validità, i dritti, le obbligazioni, e gli effetti civili che risultano dal matrimonio, e lascia intatti i doveri, che la religione impone, senza portarvi alterazione o cambiamento alcuno (art. 151).

A proceder con ordine, onde far conoscere tutti i cambiamenti da queste nuove Leggi introdotti nelle disposizioni del Codice francese, noi ci faremo a parlare in una prima sezione delle generali disposizioni relative al matrimonio;

Tratteremo, nella seconda, delle condizioni richieste per contrarlo;

Nella terza, delle formalità che preceder debbono, accompagnare, e seguire il matrimonio legittimo;

Nella quarta, degl' impedimenti;

Nella quinta, delle nullità che privano il matrimonio degli effetti civili;

Nella sesta, degli effetti del matrimonio e delle loro modificazioni;

Nelle settima ed ultima, dello scioglimento della solenne promessa e del matrimonio.

SEZ. I.

Disposizioni generali sul matrimonio.

Il matrimonio nel Regno delle due Sicilie non si può legittimamente celebrare che in faccia alla chiesa e secondo le forme del concilio di Trento (art. 67). Queste forme sono la presenza del parroco, o di altro sacerdote da lui destinato, e l' intervento di due o tre testimonj (*a*).

Ma per esser legittimo bisogna che lo preceda una solenne promessa, innanzi all' uffiziale dello Stato civile competente, fatta dagli sposi, di celebrarlo in faccia della chiesa (art. 67). Quindi innanzi a questo uffiziale non si celebra più il matrimonio come in tempo dell' abolito Codice, ma si dà la sola promessa di celebrarlo.

Questa promessa data nelle forme stabilite dalla legge è essenzialmente necessaria, e preceder dee la celebrazione del matrimonio in faccia alla chiesa, acciocchè questo produca gli effetti civili tanto riguardo ai conjugi che a' di loro figli (cit.

(*a*) *Qui aliter, quam praesente paroco vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt; eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit. Conc. Trid. de Reformat. matrim. sess.* 24.

art. 67) Di questo atto l' ufiziale dello Stato civile dà copia ai futuri sposi in doppia spedizione per esser presentata al parroco cui la celebrazione del matrimonio si appartiene (art. 79) ; e che in seguito dell' esibizione di tal carta, ed adempiute le canoniche prescrizioni (*a*), procede alla celebrazione

---

(*a*) Varie sono le canoniche prescrizioni che la nostra legge accenna doversi adempire dal parroco prima della celebrazione del matrimonio. Ne indicheremo le più essenziali :

1. Le pubblicazioni in tre giorni festivi già ordinate da Innocenzo III nel concilio Lateranense, e rinnovate in quello di Trento ;

2. L'atto di nascita in cui sia riunito quello del battesimo, non potendosi conferire il sacramento del matrimonio se non ai battezzati;

3. L' esame degl' impedimenti tanto secondo le regole sole della chiesa, quanto secondo quelle miste alle civili ;

4. Il consenso de' genitori ;

5. La licenza della curia del rispettivo vescovo.

Veramente su quest' ultima prescrizione il concilio di Trento impose ai parrochi di prendere ancora ne' matrimoni *il permesso dell'ordinario* ma solo per accertarsi se alcuno degli sposi fosse o no legato in altro impegno (*Sess. XXIV de reform. matrim. cap. 7*). ,, A ,, malgrado ciò (dicono i commentatori di Toullier a questo Tit. 1.ª ,, ed., p. 543) è invalsa una certa pratica in molte diocesi del re- ,, gno, che nella contrazione de' matrimonj vogliano sempre mischiarsi ,, le curie vescovili, come se tutti coloro che sposano fossero girovaghi ,, e vagabondi. Non può immaginarsi quali e quanti dispendj, lun- ,, gherie, ed incomodi produce siffatta pratica. Nelle diocesi vaste so- ,, prattutto è obbligata la povera gente correre da lontani paesi al ca- ,, poluogo della diocesi, ed attendere la spedizione de' decreti col pa- ,, gamento de' dritti che si esigono dalle curie. Si suole ricovrire que- ,, sta pratica con dire che i vescovi hanno ciò introdotto per evitare ,, i disordini che possono accadere, e le violazioni che i parrochi ,, potrebbero commettere sulle regole canoniche sia per ignoranza e ,, facilità, sia per malizia. Ma questo è un bel dire che niente vale. ,, Ciò è appunto voler essere più savio de' padri del concilio, i quali ,, se avessero creduto pericoloso affidare ai parochi quest' attribuzione ,, non l' avrebbero fatto sicuramente . . . Del rimanente protestiamo ,, che con questa osservazione noi non intendiamo far torto alle ottime ,, intenzioni di tanti dotti e pii prelati di questo regno, nelle di cui ,, diocesi questa pratica si vede introdotta. Siamo sicuri che essi nè ,, per vedute interessate, nè per altro fine indiretto sono stati tratti ,, ad adottarla e sostenerla, ma solo perchè di buona fede sono per- ,, suasi di far meglio, nell' idea di assicurare con maggiore accerta- ,, tezza la mancanza di ogni impedimento, onde non compromettere ,, la validità del sacramento, e lo stato delle persone. Ad onor del ,, vero, dobbiamo soggiungere che l' uso anzidetto non è generale nel ,, regno, poichè in molte diocesi si osserva nella sua purità la dottri- ,, na del concilio di Trento, e ciò sopra tutto in Aversa, dove ,, que' zelanti prelati non hanno permesso mai che fosse alcuno sog- ,, getto ad un peso così gravoso ,,.

del matrimonio. Delle due spedizioni ritiene egli una per se, e fa fede in piede dell' altra, che rinvia all'ufiziale dello Stato civile, della seguìta celebrazione del matrimonio, indicando il giorno, il mese e l' anno, ed i nomi de' testimonj. L'ufiziale dello Stato civile debbe farne subito notamento nel suo registro in margine dell' atto: e quindi il matrimonio si ha per legge come solennemente celebrato (Art. 80).

Il parroco dee ricusarsi a celebrare il matrimonio senza l' esibizione della copia dell' atto della solenne promessa fatta innanzi all' ufiziale dello Stato civile, avvertendo i futuri conjugi, che senza questa promessa il matrimonio non produrrebbe gli effetti civili (art. 81). Il parroco o sottoparroco, o chi ne fa le veci, il quale contravenga al citato art. 81, va punito col secondo grado dell' esilio correzionale, cioè da sette mesi a due anni, e coll' ammenda correzionale, la quale non può essere maggiore di ducati cento (Leggi pen. art. 425). In caso di recidiva è punito col *maximum* della pena stabilita, la quale può essere ancora duplicata. (Ivi, art. 83).

Ma se mai il parroco, sia per ignoranza, sia per connivenza, celebrasse un tal matrimonio senza l' indicata precedente promessa, rimarrà questo per sempre privo degli effetti civili, giacchè niuno dubita della sua validità come sacramento? I sig. Magliano e Carrillo credono che no, quando si rinnovi l'atto. Veramente l' essere o no seguìto un matrimonio da cui non nascono effetti civili è una circostanza indifferente non meno per ripetere la solenne promessa irregolarmente celebrata, che per supplire a quella che si fosse trascurata. Nè è incompatibile che l' atto della solenne promessa, il quale dee regolarmente precedere, possa a motivo di assoluta necessità seguire la pubblicità necessaria, e farne derivare gli effetti che le leggi vi riconoscono. Dirassi allora una pubblicazione delle seguite nozze piuttosto che una promessa di nozze future, e l' ufiziale dello Stato civile invece di ricever la dichiarazione delle parti nei termini dell' art. 77; riceverà la loro dichiarazione di voler render pubbliche le nozze già fatte dopo essersi adempito a tale effetto a tutte le solennità dalla legge richieste per le solenni promesse di matrimonio, affin di renderlo capace degli effetti civili. Ma questi effetti che dalla sola regolar promessa del matrimonio dipendono, non potranno giammai, senza far onta alla legge cui si osò contravvenire, retrotraersi ad un tempo più lontano della solenne promessa supplita, o regolarmente reiterata. È in questo modo (dicon essi) che il rispetto alle leggi della sovranità temporale, sì necessario al buon ordine sociale, può conciliarsi

co' riguardi dovuti alla religione ed ai terzi (*a*).

Noi troviamo ragionevole ed equo tal sentimento, ch' è benanche appoggiato sulla giurisprudenza francese la quale nel caso del condannato in contumacia alla morte civile che avesse procreato figli in tale stato, se mai ripresentandosi venisse assoluto o condannato a pena non importante morte civile, non dà altro mezzo che la rinnovazione del matrimonio innanzi all' ufiziale dello Stato civile per riacquistar la qualità di conjuge, e legittimar così col susseguente matrimonio i figli già nati. Se non che ci sembra incoerente che l' ufiziale suddetto possa arbitrarsi a ricevere una promessa in termini diversi da quelli consagrati dalla legge, e per oggetto diverso. Gli atti essenzialmente necessarj pel matrimonio, tra quali il primo è la solenne promessa, dice l' art. 67, che preceder debbono la sua celebrazione. Non possono dunque seguirla. Crediamo quindi che sino a quando il legislatore non si spiegherà su quest' articolo, sia d' uopo d' implorare dal trono la sanatoria per la nullità del matrimonio in quanto agli effetti civili.

S E Z. II.

Delle condizioni richieste per contrarre matrimonio.

Distinguendo le condizioni per contrarre da quelle necessarie a render legittimo il matrimonio, riduciamo le prime a tre sole. 1.° Età competente delle parti contraenti; 2.° loro consenso; 3.° consenso di coloro alla cui autorità son esse sottoposte.

§. I.

Età.

Per contrarre nozze principalmente si ricerca che gli sposi possano riprodursi, perchè lo scopo principale delle medesime è la procreazione della prole. Quindi il bisogno di stabilire l' epoca della pubertà necessaria alla riproduzione. Ma la natura non osserva sempre una regola stabile. La pubertà de' diversi individui si palesa ora più presto ora più tardi, secondo i climi e i temperamenti, e bene spesso secondo la regolarità o i vizj della educazione.

Nell' abolito Codice l' età prescritta pe' matrimonj fu di anni diciotto compiti per l' uomo, e di anni quindici compiti per

---

(*a*) *V. i Comment. sulla prima parte del Codice per lo regno delle due Sicilie, tom. 1 p. 44 e 45.*

la donna (art. 144). Ma ciò non poteva convenire alle provincie meridionali della Francia, e molto meno ai possedimenti francesi nelle Indie. Fu d'uopo quindi mitigarne il rigore, dando al governo la facoltà di accordar le dispense dell' età per gravi motivi (art. 145).

Tra noi dove lo sviluppamento fisico è molto più sollecito, e l'andamento della natura segna assai presto il punto in cui l'uomo e la donna sentono il bisogno di ravvicinarsi, è stabilito che l'età richiesta per lo matrimonio sia di quattordici anni per gli uomini, e di dodici per le donne, per gli uni e per le altre compiti (art. 152). Così abbiam fatto ritorno alle disposizioni del roman diritto che nelle divisate epoche stabiliva la pubertà de' rispettivi sessi, e ne permetteva le nozze (*l.* 24 *Cod. de nupt.*); e ci siam messi d'accordo colle leggi della chiesa. Ma per questa stessa limitazione fatta dell' età non conveniva che si accordassero dispense, poichè si sarebbe urtato nel principio dell' ordinaria pubertà che servì di fondamento a stabilire l'età necessaria pel matrimonio.

Del resto, ad evitare i danni che potessero in certi casi avvenire pel difetto di un maturo discernimento de' contraenti in un impegno così serio e di tanta conseguenza, si è lasciato ai genitori, o a chi ne fa le veci di prolungare o affrettare dopo la pubertà la celebrazione di quest' atto quando circostanze fisiche o morali lo suggerissero. (V. dippiù ciò che abbiamo soggiunto alla nota (2) dell' autore a questo Titolo pag. 5.

§. 2.

Consenso dei contraenti.

L'una e l'altra legislazione conviene nel principio che non vi è matrimonio quando non vi è consenso (art. 146 + 153). Non il commercio, ma il consenso delle parti contraenti è quello che costituisce l'essenza del matrimonio (*a*). Qui però non si ha riguardo al consenso supposto con atto falso, ma si tratta del caso in cui vi ha un consenso apparente, ma distrutto nella sua essenza da vizj che lo rendono nullo. Tali vizj sono: il difetto di ragione, la violenza o la forza, l'errore ed il dolo.

L'individuo che si trova nello stato di demenza o di furore è incapace di dare un consenso valido, e per conseguenza di contrarre matrimonio. Così il Codice francese nell' art. 174 n.° 2 come il nostro all' art. 183 n.° 2 ne convengono. Ma

(*a*) *Nuptias consensus non concubitus facit*; *l.* 30 *ff. de reg. jur.*

se l' individuo creduto demente non è interdetto, il matrimonio sarà valido (*a*).

La forza e la violenza non vengono in questo luogo indicate come vizio del consenso nè dalle francesi nè dalle nostre leggi civili; ma le une e le altre ne han fatto parola trattando delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni. Se il consenso è estorto da violenza non è valido (art. 1109 + 1063). Ed ambe le legislazioni spiegano esser d'uopo che la violenza (*b*) sia tale che faccia impressione sopra una persona ragionevole; e possa inspirarle il timore di esporre la persona propria, o le sue facoltà ad un male considerevole e presente; avendosi riguardo in tal materia alla età, al sesso ed alla condizione delle persone (art. 1112 + 1066); ed è necessario ancora che la violenza abbia il matrimonio per oggetto (*c*).

Il ratto è uno degli atti che caratterizzano maggiormente la violenza. Esso formava ai tempi di Giustiniano e di Carlo Magno un impedimento dirimente perpetuo assoluto, il quale vietava il matrimonio tra il rapitore e la persona rapita, quando anche quest' ultima non essendo più in potere del primo, vi avesse liberamente acconsentito. Il dritto canonico mitigò il rigore di queste disposizioni permettendo il matrimonio col rapitore, qualora la persona rapita vi acconsentisse liberamente. Il concilio di Trento vi aggiunse la condizione che la persona rapita fosse messa prima del matrimonio fuori del potere del rapitore. Il ratto con violenza era allora un impedimento d'ordine pubblico, ed un delitto che si puniva di morte. Oggidì però il ratto non opera più che una nullità relativa che può reclamarsi solo da quello di cui non fu libero il consenso.

Le nostre Leggi penali si son poste d' accordo con questa

(*a*) I sordi e muti che nelle due legislazioni possono accettar donazioni (art. 936 † 860 e 979 † 905) potranno contrar matrimonio? E perchè no, quando sieno in istato di manifestare la loro volontà in modo non equivoco? La validità de' matrimonj non consiste nelle parole, da cui presso i Romani dipendevano le stipulazioni, ma dal consenso espresso con segni esteriori. Toullier a questo Tit., n.° 449.

(*b*) La persona la quale si determini a contrarre il matrimonio che gli dispiace piuttosto ch'esporsi ad un male più grave di cui è minacciato, non sarebbe meno in questo caso; poichè la sua libertà non è che rispettiva, il costringimento assoluto. Il consenso imperfetto che ella dà al matrimonio concorre colla volontà di non contrarlo se non vi fosse spinta da una forza illegale. Un tale consenso non può esser valido, perchè non è libero. Toullier l. c. n.° 506.

(*c*) V. Toullier a questo Tit. n.° 454, 1. ed. Lo che è anche d'accordo col dritto canonico, cap. 8 nel Sesto *de spons*.

teoria. Esse puniscono colla rilegazione non solo il rapitore che usò violenza sia per abusare della persona rapita, sia per oggetto di matrimonio (art. 336) ; ma benanche chiunque rapisce con frode o seduzione una persona non ancora giunta all'età maggiore di sedici anni compiti, e che sia sotto la potestà de' genitori o tutori, oppure in luogo di educazione ; e fan discender la pena di un grado se il rapitore sia minore di anni ventuno compiti (art. 337) ; ma d' un grado l' aumentano quando al resto si accoppi lo stupro (art. 336). Aggiungono però che se il rapitore suddetto volontariamente rimetta in libertà la rapita senz' averla offesa, e senza averne abusato, restituendola alla propria famiglia, o alla casa di sua custodia, ovvero ponendola in altro luogo sicuro ; la pena discenderà all' esilio correzionale o confino. Nel caso finalmente in cui il rapitore avesse sposata la fanciulla rapita, egli non potrà essere processato che a querela delle persone il di cui consenso, secondo le Leggi civili, era necessario pel matrimonio, nè potrà condannarsi se non dopo di essersi pronunziato dall' autorità competente che il suo matrimonio non produce gli effetti civili : il tutto a termini delle Leggi civili suddette (art. 338).

L' errore o il dolo. Si può errare sulla persona, egualmente che sulle qualità e condizioni di essa. Varie sono queste qualità ; altre fisiche, altre morali, altre civili. Le prime sole riguardano la persona, le altre sono accessorie. Ma l' errore che cade anche sulle qualità fisiche di una persona è ben diverso da quello che interviene nella persona medesima. Nella discussione di questo Titolo del Codice francese dopo molto contrasto si convenne che *l' errore in fatto di matrimonio non ha mai luogo circa le qualità personali, nè sulla ricchezza o la condizione dell' individuo con cui si contrae, ma debb' essere relativo alla persona stessa. Se io voleva sposar la tale ed inganato per mia oscitanza, o da un concorso di circostanze non ordinarie do la mia fede ad altra persona, che senza il mio consenso è subentrata nel luogo di quella che io elessi, il matrimonio non può produrre alcun effetto.* Ciò non ostante si contentò la legislazione francese di far rimanere la parte che contiene il principio astratto, di non esservi matrimonio quando non vi sia consenso, lasciando ai tribunali il decidere, secondo i fatti e le circostanze, se nel caso dell' errore di uno degli sposi sia o no valido il consenso.

Le nostre Leggi civili non han voluto lasciare alla giurisprudenza il risolvere così importante quistione, ed espressamente hanno ordinato nell' art. 154 : « Non vi è consenso in » colui che erra sulla persona del futuro sposo: l' errore sulle

» qualità e condizioni della persona non distrugge il consenso ». In fatti l' errore sulla persona è incompatibile coll' essenza del matrimonio, la quale consiste appunto nell' esservi un uomo e una donna che vogliano l' un l' altro sposarsi, il che non si avvera quando la donna, che mi parea di sposare non è quella con cui voglio accoppiarmi: ma non è parimenti dell'essenza del matrimonio che la donna ch'io sposo abbia le qualità e i pregi di cui la supponeva fornita, bastando ch' ella sia identicamente la stessa che ho voluto impalmare.

§. 3.°

Consenso di coloro alla di cui autorità son sottoposti i contraenti.

L' uomo si trova abile a contrarre matrimonio innanzi che l'età abbia fortificata la di lui ragione, e ch' ei sia nello stato di fare una scelta giudiziosa; conviene perciò che in questa prima età delle passioni non venga abbandonato a se stesso, ma gli sia data una guida che lo diriga nell' atto il più importante della vita. L' uno e l' altro Codice consentono nel proibire al figlio non giunto ancora all' età di venticinque anni compiti, ed alla figlia che non abbia compiuto il ventunesimo anno, di contrar matrimonio senza il consenso del padre e della madre; ed in caso che sien questi di avviso diverso, esser sufficiente il consenso paterno (art. 148 † 163) (*a*).

Discordano però nella circostanza ove il padre sia morto, o trovisi nell' impossibilità di manifestare la sua volontà, come avviene ne' casi di assenza, interdizione, o privazione de'dritti civili: mentre il Codice francese fa subentrar l'altro conjuge, ed in mancanza anche della madre, vi fa subentrare gli avoli e le avole, i quali se sono della medesima linea e discordano, prevale il consenso dell' avo; e se vi è disparere fra le due linee, ciò equivale al consenso (art. 149 e 150): ma secondo le nostre leggi, al padre mancante subentrano l' avo paterno e la madre (art. 164). Si è creduto d'unirvi l'avo non tanto per supplire alla debolezza del sesso, quanto per facilitare i matrimonj, attesa l' affezione che gli uomini nudriscono pel loro nome e lignaggio, e la dolce illusione de' padri di rivivere nella loro progenie; le quali passioni non son mai sì calde

(*a*) Ma non cessa di essere essenziale a domandarsi; nè ha la madre perciò meno dritto ad opporsi al matrimonio del figlio abbenchè il padre abbia voto di preponderanza per consentire al matrimonio, come decise la Corte di Riom nel 30 giugno 1817. (Sirey, 18, 2, 41).

nel cuore degli ascendenti materni verso i nipoti che non portano lo stesso lor nome. Nel caso di discordanza tra l'avo paterno e la madre, è pure ordinato che quello dell'avo abbia sempre a prevalere (*ivi*).

In una società composta di due persone ogni deliberazione sarebbe impossibile, se una di esse non avesse la preponderanza. La legge guidata dalla natura garentì questa superiorità al padre nel caso che dissentisse dalla madre; ed ora guidata dall'esperienza sulla debolezza del sesso, ha preferito il consenso dell'avo a quello della madre dello sposo.

Ma in mancanza dell'avolo, o nell'impossibilità del medesimo di spiegar la sua volontà, sarà sufficiente il consenso della sola madre, o vi bisognerà quello del consiglio di famiglia? Ragion di dubitarne nasce dalle espressioni del citato articolo che indica prima l'avo paterno, indi la madre per dare unitamente questo consenso, in modo che mancando il primo rimanesse inutile la seconda. Dippiù sembra che tutta la nuova legislazione abbia voluto richiamare in osservanza per quanto più si poteva l'antico dritto romano e patrio. Or nel roman dritto non era necessario nelle nozze il consenso della madre, nè quello degli altri ascendenti materni, per mancanza in essi di patria podestà §. *fin. instit. de pat. pot. l.* 20 *Cod. de nupt.* E colla prammatica de' 22 gennajo 1774 venne dal nostro Monarca sanzionato che il consenso de' padri, o di coloro i quali ne tengono il luogo, si richiedeva ne' matrimonj de' figli di famiglia, non già quello delle madri. Se dunque ora la legge ha voluto il consenso materno, essa par che lo giudichi insufficiente senza l'unione di quello dell'avolo.

Ciò non ostante sembra risoluto il dubbio dall'art. 174: il consenso del consiglio di famiglia ivi non si richiede se non quando *non esistono nè padre nè madre nè avo paterno*; o *se si trovano tutti* (notate *tutti*) *nell' impossibilità di manifestare la loro volontà.*

Consimile è la disposizione del Codice civile (art. 160) sul consenso del consiglio di famiglia. Rispetto agli avi ed alle avole, il nostro autore nel comento di questi articoli dimostra le incongruenze cui può dar luogo così il bisogno del consenso di remoti ascendenti, come quello dell' unione delle due linee per la presunzione del consenso che si fa nascere dalla discrepanza tra esse; il che giova ad applaudirci della riforma fatta nelle nostre Leggi (*a*).

Non di rado può avvenire che il dissenso dei genitori, o dell' avo paterno sia ingiusto, capriccioso, e ripugnante al bene

---

(*a*) Vedi la nota 14 del N. A. a questo Titolo. pag. 10.

de' figli. Niuno scampo a costoro presenta la legislazione francese: ma nella nostra, richiamandosi in osservanza le antecedenti disposizioni pubblicate il 26 giugno 1771 nella pram. IX. *de Matrim. contrah.* (*a*) si prescrive nell' art. 165 che « quan- » do il dissenso de' genitori o dell' avo paterno sia ingiusto e » ripugnante al bene de' figli, il Re, presa conoscenza dell' » affare, supplirà la mancanza del di loro consenso ». Le formalità per ottenere tale dispensa si rilevano dal rescritto del 6 maggio 1820 comunicato dal ministero di grazia e giustizia ai procuratori regii civili col quale si dispose per la regolare esecuzione dell' art. 165 delle Leggi civili:

» 1.° Che tutte le dimande dirette ad ottenere dispensa al consenso di un ascendente al matrimonio di un figlio minore pe' motivi espressi nell' enunciato articolo, saranno rimesse al regio procuratore del tribunale civile della provincia o valle nella quale è domiciliato l' ascendente che nega il consenso al matrimonio del suo figlio o nipote;

» 2.° Che questo magistrato in unione del presidente dello stesso tribunale esamineranno estragiudizialmente le parti, ricevendo dalle medesime in iscritto, qualora vogliano farlo, le rispettive dimande e risposte, e raccoglieranno tutte le ragioni e tutti i documenti su li quali le medesime sono fondate;

» 3.° Che verrà disteso un esatto processo verbale delle cose rispettivamente espresse dalle parti e de' documenti o carte che saranno presentate;

» 4.° Che questo processo verbale sarà trasmesso originalmente al Segretario di stato ministro di grazia e giustizia corredato delle osservazioni de' magistrati suddetti e delle dimande e carte pocanzi enunciate, non che di tutte le altre dilucidazioni che avranno potuto raccogliersi sull' oggetto.

» 5.° In vista di tutto ciò la M. S. prenderà le sue sovrane determinazioni sul rapporto che le verrà sottomesso dal menzionato Segretario di stato ministro di grazia e giustizia ».

(*a*) In detta prammatica dopo di essersi annunciato che non ostante l' essere stato il matrimonio annoverato tra' sagramenti, non lasciarono i sovrani per l' insito dritto della cura de' popoli da Dio loro commessa di regolare questa materia in riguardo alla natura di contratto, si stabilisce per uno de' motivi di diseredazione, e di privazione di dote il matrimonio contratto da' figli di famiglia senza il paterno consenso necessario pe' maschi sino all' età d' anni 30, e per le femine sino a quella d' anni 25, epoca che si prolungava a tutta la vita se avessero voluto contrarlo con persone o infami o ignominiose. Si dichiarò nel tempo stesso che secondo le occorrenze e le circostanze de' casi riserbava il re alla sua sovrana autorità, come padre comune de' suoi sudditi, il supplire al dissenso paterno e dispensare a questa legge.

Gli atti rispettosi verso il padre e la madre, o in mancanza del padre, verso l'avo paterno per chieder il di loro consiglio nel matrimonio, sono da entrambe le legislazioni richiesti pei figli di famiglia tuttochè abbian compita l'età nella quale era necessario il consenso (151 ┼ 166), con questa differenza però che dovevansi, giusta l'abolito Codice, rinnovare altre due volte di mese in mese quando non eran susseguiti dal consenso sino all'età di anni trenta compiti, dopo la quale bastava un solo atto rispettoso (art. 152 e 153); mentre abolitosi l'art. 153 tra noi la cennata rinnovazione è prescritta qualunque sia l'età cui giungano i figli (art. 166 e 167). Ma sarà lo stesso per le femine come pe' maschi? Nella giurisprudenza francese stabilissi che l'obbligo di rinnovarlo due volte dopo li 25 anni fino ai trenta riguardava i maschi e non le femine, come decisero le corti di Bordò di Besanzone e di Parigi (Sirey, 7. 2. 269 e 270, e 16. 2. 343). Per noi pare non dovervi essere differenza. Si avverta pure che le funzioni delegate ai notai dall'art. 168 per questi atti rispettosi possono esser dissimpegnati nell'isola di Ponza dal cancelliere di quella giustizia di circondario, sino a che non vi sia stabilito un notajo, come si prescrive col real decreto del 5 agosto 1822.

Concordano poi interamente e nel modo della notifica di questi atti (art. 154 ┼ 168) (*a*), e nelle disposizioni pel caso di assenza dell'ascendente cui sarebbesi dovuto fare l'atto ri-

(*a*) Molto si è quistionato nella giurisprudenza francese e nella nostra sulla notifica di questi atti: ma pare risoluto che l'atto rispettoso debba essere cumulativamente intimato al padre ed alla madre; come dalle decisioni delle Corti di Bruxelles del 5 maggio 1808, di Caen del 12 dicembre 1812 e di Douai del 25 gennaio 1815, (Sirey, 9, 2, 84; 13, 2, 157, e 16, 2, 114): è nullo, aggiunse la nostra Corte degli Abruzzi con decisione del 7 marzo 1814, il primo atto intimato al solo padre, nullo il secondo, se essendo assente il padre ed inferma la madre, non siasi lasciata copia al domicilio; nullo finalmente il terzo intimato alla sola madre (Catalani, 1, 52).

Ma non così si è d'accordo sulla notifica alla persona. Nella cennata decisione della Corte di Caen si volle la notifica personale, obbligandosi il notaio di andar a cercare i genitori del figlio che vuole ammogliarsi, dove sono, e fino a che li trovi, eccetto però quando essendo i suddetti in casa loro chiudano le porte per non riceverli; ed in tal caso se si tratta di chiedere il consenso del padre e della madre, lasciare due copie. Lo stesso si decise dalla nostra Corte degli Abruzzi nel dì 7 marzo 1813, ma si spiegò che quando i genitori fossero assenti o ricusassero di fare introdurre il notaio, dovesse questi rilasciare le copie dell'atto al domicilio, o ai vicini, e farlo vistare dal sindaco (Catalani, 1, 51).

Non esser necessaria la notifica parlando alla persona, disse la Corte di Douai nel 22 aprile 1819, mentre l'obbligo di enunciarne la rispo-

spettoso (art. 155 + 169.) ; ed in applicar quelle relative al consenso ed agli atti cennati al figlio naturale legalmente riconosciuto (art. 158 + 172) ; e nell' impedirgli prima de' 21 anni il matrimonio ove non sia riconosciuto, o che, riconosciuto, abbia perduto il padre e la madre, ovvero siano costoro nell' impossibilità di manifestare la loro volontà, qualora non abbia ottenuto il consenso di un tutore speciale (art. 159 + 173).

Considerata la difficoltà di procacciarsi l'atto di notorietà in caso di assenza dell' ascendente (specialmente per la classe povera) nel caso in cui fosse ignoto l' ultimo di lui domicilio , convenne in Francia riparare a questo inconveniente, egualmente che a quello che risulta dall'impossibilità nella quale sono alcune volte i contraenti di produrre gli atti di morte de' loro genitori , col parere del Consiglio di stato del 4 termidoro anno 13 analizzato dal nostro autore. Le stesse disposizioni furono presso noi adottate col decreto de' 22 aprile 1809 (*a*) ; e meglio spiegate ed estese col real decreto del 20

---

sta nel processo verbale non deve intendersi che nel caso in cui il notajo trovi il padre nel suo domicilio (Sirey, 20. 2. 116.) , e lo steso confermò la Corte di Tolosa colle sue decisioni del 27 giugno e 21 luglio 1821 (Sirey tom. 22. 2. 98, e 99).

Altra discrepanza, se il figlio debba esser presente nell'atto rispettoso onde ricevere il consiglio de'suoi genitori. Non esser ciò necessario decisero le Corti di Bruxelles, di Bordò, di Roano e di Angers (Sirey,5. 2. 52, e 7.2. 768,e 5.2. 104 e 15.2.65); il che fu confermato da quella di Cassazione nella sezione de'ricorsi coll'arresto del 4 novembre 1817 (*Ivi*,8. 1. 57); anzi dalla stessa Corte regolatrice si era deciso nel 21 marzo 1809 non potere i tribunali ordinare che la figlia maggiore la quale avea abbandonata la casa paterna , ritirandosi in quella del suo innamorato si ritirasse per un certo tempo in casa d'una parente, per quindi ricevere dal padre i suoi consigli (*Ivi*, 9. 1. 199). Ma la Corte di Caen decise il contrario nel 20 pratile anno 10, e quella di Monpellieri nel 31 dicembre 1821 decise poter i tribunali obbligar la figlia ritirata in casa dell'innamorato a recarsi nella casa designatale da'suoi genitori , ed ivi rimanervi qualche tempo per riceverví i di loro consigli (*Ivi*, 5. 2. 133 ; e 22. 2. 247.

È nullo l'atto rispettoso se i testimoni non abbiano assistito il notajo e sottoscritto l' atto; ma sarà pure nullo se non abbiamo sottoscritta la copia rilasciata ai genitori ? Per l'affermativa furono la Corte di Bordò colla decisione del 12 fruttidoro anno XIII, e quella di Parigi colla decisione del 12 febbrajo 1811. (Sirey, 7. 2. 769 e 11. 2. 471). Ma la corte di Monpellieri decise nel 31 dicembre 1821 non esser nullo l' atto rispettoso sol perchè i testimoni che hanno assistito il notajo non avessero sottoscritta la copia lasciata al padre ed alla madre (*Ivi*, 22. 2. 247).

(*a*) Dal ministero di grazia e giustizia varie spieghe si son date su questo decreto.

1. Che l'attestazione degli avi o avole sulla morte de' genitori dei futuri sposi si applichino ai figli minori come ai maggiori (Minist. del 25 maggio 1814 al Procuratore regio del tribunale di Potenza).

2. Che nel caso fosse ignoto il luogo nel quale fossero morti il

giugno 1815. Stabilissi infatti che nei casi in cui il cognome di uno de' futuri sposi non fosse bene scritto nel suo atto di nascita come quello di suo padre; o si fosse omesso alcuno de' nomi de' parenti di uno de' futuri sposi, la testimonianza de' genitori e dell' avo paterno che assistono alla solenne promessa di matrimonio ed attestano l' identità, bastar debba per procedere alla celebrazione della medesima; che se non sono presenti, basta che l' attestino nel loro consenso dato nella forma legale; e che nel caso della morte de' genitori e dell'avo paterno, l' identità è validamente attestata pe' minori dal consiglio di famiglia o dal tutore *ad hoc*, e pe' maggiori da' quattro testimoni della solenne promessa di matrimonio; e ciò senza pregiudizio alcuno delle parti che non abbiano richieste o non siano concorse alle dichiarazioni suddette. V. le altre osservazioni sul consenso degli ascendenti nella Sezione V. §. 5.

Ad assicurar l' esecuzione di tutte queste disposizioni la pena di una multa non maggiore di trecento lire, e del carcere per un tempo non minore di sei mesi, è prescritta dall'abolito Codice all' uffiziale dello stato civile che avrà proceduto alla celebrazione di un matrimonio senz' assicurarsi del consenso suddetto ne' casi in cui è richiesto (art. 156). Nello stesso caso la stessa pena del carcere, ed una multa che non può eccedere sessanta docati è inflitta dalle nostre Leggi civili se l'uffiziale suddetto abbia proceduto alla consegna della copia della solenne promessa di matrimonio senza esprimervi questo consenso (art. 170) (*a*).

Simili multe o'l carcere non minore di un mese è inflitto nelle due legislazioni allo stesso uffiziale per la mancanza degli atti rispettosi ne'casi in cui sono prescritti (art. 157 + 171) (*b*).

---

padre la madre e l'avo paterno de' quali sarebbe necessario il consenso per quel che riguarda i figli minori, la pruova della morte è compresa nell'atto stesso del consenso dato dal consiglio di famiglia (Circolare del 3 aprile 1811 ai regii Procuratori de' tribunali civili).

3. Che l'età maggiore di cui si parla in tal decreto sia quella di ventun'anni compiti (Minist. del 14 aprile 1810 al sindaco di Napoli).

4. Che la disposizione del num. 1 è applicabile al caso in cui sia noto il luogo della morte degli ascendenti, ma sia impossibile di farne venire gli atti di morte. (Minist. al Procuratore generale dell' abolita Corte di appello di Altamura, dell' 11 marzo 1812).

(*a*) Si noti che la pena s' incorre per la sola mancanza dell'enunciazione di questo consenso, quand' anche si fosse ottenuto e presentato all' ufiziale dello Stato civile. V. le note 17 e 18 del nostro autore a questo Titolo pag. 12, anche pel motivo della differenza stabilita per gli atti rispettosi.

(*b*) Ma avendo qui la legge stabilito solo il *minimum* della prigionia, e lasciato in libertà del giudice civile l' applicazione di essa per un tempo maggiore, sino a qual tempo potrà egli estendersi? Pare che

Ma rapporto a queste pene sembra necessario osservare quel che diversamente stabiliscono le Leggi penali. L'art. 244 delle medesime dice che » l'ufiziale dello stato civile, o l'in» caricato del registro, o della conservazione de' registri dello » stato civile, se manca ad alcuna delle disposizioni prescritte » dalla legge sarà punito col primo al secondo grado di pri» gionia o confino, e con una ammenda non maggiore di du» cati cinquanta: salve le pene già stabilite ne' casi di altri » reati de' quali gli ufiziali dello stato civile si rendessero per » ragione di ufizio o autori o complici ». Ora l'ufiziale ne' due casi contemplati ne' citati articoli 170 e 171 manca al prescritto della legge su di un atto dello stato civile il più importante, perchè forma la base di tutte le civili società, e sul quale se la legge civile ha fissato i principj, le regole, le forme, la legge penale vi ha aggiunte sanzioni atte ad impegnare l'ufiziale incaricato alla di loro osservanza.

Intanto l'una e l'altra stabilisce delle pene diverse. Quali saranno applicate?

Il Codice penale francese pubblicato posteriormente al civile considerò tre soli casi di delitti relativi al registro dello stato civile, quello cioè dell' inscrizione degli atti in fogli volanti, che punì con prigionia di uno a tre mesi, e con l'ammenda di sedici a dugento franchi (art. 192); quello della mancanza del consenso ne' casi in cui è prescritto, che punì colla stessa ammenda, ma colla prigionia di sei mesi ad un anno (art. 193); e quello della celebrazione del matrimonio d'una donna già maritata prima del termine stabilito per la vedovanza, che punì colla sola ammenda suddetta (art. 194). Dichiarò pure che l'ufiziale dello stato civile incorreva in queste pene, ancorchè la nullità degli atti non fosse stata domandata, o fosse stata coverta; ed il tutto senza pregiudizio nè delle pene più gravi pronunciate in caso di collusione, nè delle altre disposizioni penali segnate nel tit. V del libro primo del Codice civile (art. 195).

Ivi dunque è chiaro che in questi tre casi non dalle pene scritte nel Codice civile, ma da quelle segnate consecutivamente nel Codice penale sono colpiti gli ufiziali dello stato civile.

Tra noi però la parte del Codice riguardante le leggi civili non può dirsi nè anteriore nè posteriore a quella riguardante le leggi penali, poichè colla legge de' 26 marzo 1819 fu stabilito che tutte le parti del Codice dovessero considerarsi come sanzionate e pubblicate nel medesimo atto.

---

lo possa per tutta l'estensione del secondo grado di prigionia dalle Leggi penali stabilita da sette mesi a due anni. Faremo menzione a suo luogo delle altre pene imposte in dette leggi per altre violazioni contro gli uffiziali dello stato civile.

Più: Noi eravamo regolati dal Codice penale francese e lo fummo sino all' epoca del 1 settembre 1819 in cui ebbe luogo il novello *Codice per lo regno delle due Sicilie*: e sebbene in quello non si fossero contemplati che que' soli tre casi, pure nella parte penale di questo contemplar volle il legislatore tutte le violazioni che gli ufiziali dello stato civile potevano commettere contro le disposizioni della legge riguardanti le tre grandi epoche della vita dell' uomo, nascita, matrimonio e morte. Pare dunque che abbia voluto che fossero in questo non meno che nell' altro modo punite, civilmente cioè e correzionalmente.

Nè può dirsi che le Leggi civili indicando particolarmente i casi punibili col carcere e colla multa debbon esser esclusivamente preferite alle penali che generalmente contemplano queste violazioni, e che sia da riserbarsi il prescritto nell'art. 244, agli altri casi non particolarizzati; poichè ne seguirebbe l' assurdo di punirsi civilmente e dolcemente i delitti più gravi e di più gravi conseguenze feraci, mentre correzionalmente e con prigionia o confino sino a due anni sarebbero punite le più leggiere mancanze.

Nè si opponga, che non possa l' ufiziale suddetto punirsi doppiamente e colle pene civili e colle pene correzionali, giacchè si può rispondere:

1. Che tra noi non è più prevaluto il principio che nella concorrenza di diverse pene dovesse il delinquente punirsi colla pena più grave, com' era sanzionato e nel Codice penale abolito, e nella precedente legge de' 20 maggio 1808 sui delitti e sulle pene. La nuova legislazione non solo non ha riconsacrato questo principio, ma ha stabilito in più casi che si subissero le doppie pene cominciando sempre dalla più grave;

2. Che dove la legge ha diversamente voluto non ha mancato d' indicarlo. In effetti nella separazione personale pronunziata nel giudizio civile per motivo d' adulterio della moglie, all' art. 226 si prescrive che colla medesima sentenza debb' esser ella ristretta in una casa di correzione per un tempo non minore di tre mesi nè maggiore di due anni: ciò non ostante nell' art. 326 delle Leggi penali la pena dell' adulterio è del secondo al terzo grado di prigionia e d' un' ammenda da cinquanta a cinquecento ducati: però ivi nell' art. seguente si aggiunge, che la moglie condannata per adulterio in un giudizio penale non può esser chiamata per sottoporsi a pena per lo stesso fatto in un giudizio civile, e viceversa. Il che non si dice nell' art. 244, nè si può dal magistrato aggiungere.

E per verità l' azione civile potendo essere esercitata tanto innanzi a' giudici penali unita all' azione pubblica, quando separatamente innanzi a' giudici civili, se mai la parte lesa scel-

ga la prima via, chi potrà impedire l'applicazione dell'articolo 244? Se sceglie la seconda, come potranno i giudici civili sconoscere le disposizioni di quegli articoli che assegnano le pene alle mancanze degli ufiziali dello stato civile?

Che se la parte civile tacesse, o anche rimettesse, o rinunciasse la sua azione, non perciò mancherebbe il pubblico ministero di provocar la punizione del colpevole. Egli è vero che trattasi di delitto e non di misfatto; ma l'azione pubblica per questo delitto non ha bisogno d'istanza della parte privata, sì perchè egli è quistione di reato commesso da ufiziale pubblico nell'esercizio di sue funzioni, come perchè questo reato è un'offesa all'ordine pubblico in generale (art. 39 delle Leggi di procedura ne'giudizj penali).

Inoltre essendo incaricato il regio procuratore presso i tribunali civili d'invigilare, scovrire e denunciare queste violazioni, molto più dee ciò riguardare il ministero pubblico penale specialmente incaricato dell'esercizio della polizia giudiziaria.

Checchè sia però di questa nostra opinione, noi attendiamo che la giurisprudenza della Corte Suprema di giustizia sia su tal quistione pronunciata, onde uniformarci alla medesima.

Un'altra quistione può sorgere riguardo a queste e ad altre pene dalle Leggi civili imposte agli ufiziali suddetti; se, cioè, debbano esse estendersi ancora ai cancellieri che assistono i sindaci o eletti rivestiti della qualità di ufiziali degli atti dello stato civile. L'estese infatti a que' cancellieri il decreto de' 3 giugno 1818, e solo rimise alla discrezione e prudenza de' tribunali il proporzionare le multe e le altre pene tra il sindaco e 'l cancelliere, secondo i maggiori o minori gradi d'imputabilità di ciascuno. Ma queste disposizioni non sono state trasfuse nelle Leggi civili, come le altre, nè se n'è riserbata l'esecuzione come in alcune. Nasce quindi il dubbio se vi è luogo al disposto del decreto citato. Tutt'i signori comentatori che ci han preceduto sostengono l'affermativa, e dovremmo cedere a tale unanime sentimento: pur ci fa ancor peso l'art. 2.° della legge de' 21 maggio 1819 col quale ordinossi che anche le leggi e decreti pubblicati dal nostro Monarca dopo il suo ritorno cessassero di aver forza di legge nelle *materie* (e non si dice *casi*) che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice per lo regno delle due Sicilie.

S E Z. III.

Delle formalità che preceder debbono, accompagnare e seguire il matrimonio legittimo.

§. I.

Formalità che precedono il matrimonio.

Le formalità che preceder debbono il matrimonio così nell'uno che nell'altro Codice riduconsi alle pubblicazioni, ed alle carte necessarie a presentarsi all'ufiziale dello stato civile.

Il Codice prescriveva due pubblicazioni in giorno di domenica, avanti la porta della casa del comune coll'intervallo di otto giorni; disegnava la forma di quest'atto, l'inscrizione in un registro a tal oggetto numerato e cifrato come gli atti dello stato civile, e depositato in fine di ciascun anno nella Cancelleria del tribunale (art. 63).

Le nostre Leggi ordinano una sola *notificazione* (*a*) in giorno di domenica, da rimaner affissa per quindici giorni; concordando nel resto (art. 68).

Quello proibisce di celebrarsi il matrimonio prima del terzo giorno da che sarà seguita la seconda pubblicazione, non compreso il giorno della medesima (art. 64).

Queste proibiscono di riceversi la solenne promessa prima del quarto giorno dopo il termine delle notificazioni (art. 77).

Ambe convengono, che debbano rinnovarsi compito l'anno dalla scadenza del termine dell'affissione (art. 65 + 63), e farsi nella municipalità del luogo ove ciascuno de' contraenti abbia il suo domicilio (art. 166 + 176). Ma determinando di accordo un particolare domicilio per ciò che riguarda il matrimonio, l'abolito Codice lo dichiarò stabilito da sei mesi di abitazione continua nello stesso comune (art. 74), e le nostre Leggi limitarono questo periodo a tre mesi (art. 76); ma sia le pubblicazioni, sia la notificazione debbon esser fatte

---

(*a*) *Notificazioni* dicono le nostre Leggi quelle che in ogni tempo si son chiamate *pubblicazioni*. " È curioso (dicono i Coment. di Toullier, l. c. pag. 163) l' indagare perchè mai siansi scambiate queste ,, voci, e sostituita l' una all' altra; e sembra che ciò siasi fatto per- ,, chè essendosi voluto per la validità del matrimonio congiungere a' riti ,, civili anche il sacramento, e poichè la chiesa premette anch' essa ,, le pubblicazioni; quindi per non far sorgere la idea che il governo ,, civile volesse arrogare a se solamente il dritto di fare le pubblica- ,, zioni togliendolo alla chiesa, si sono cambiati i nomi, per conser- ,, vare una certa distinzione fra ciò che fa l' uno, e ciò che fa l'al- ,, tra, e non confondere insieme tali cose ,,.

pure alla municipalità dell' ultimo domicilio (art. 167 † 177).

Aggiunse quello l' obbligo di farsi ancora le pubblicazioni alla municipalità del domicilio di coloro sotto la cui potestà le parti contraenti o una di esse rattrovansi (art. 168); ciò venne tolto da queste (*a*). Ma l' uno e le altre riserbarono al sovrano la facoltà di dispensare alla seconda pubblicazione, o al tempo richiesto della notificazione per *gravi* cause secondo quello, per *giuste*, dissero queste (art. 169 † 178).

Anzi perchè potessero i nazionali al di là del Faro goder pur essi di questo beneficio, fu tal prerogativa reale comunicata al Luogotenente generale di Sicilia col decreto de'22 agosto 1821.

Per coloro poi che girano continuamente, come sono i *zingari* ec. senz' aver alcun domicilio o residenza fissa, la notificazione della promessa di celebrare il matrimonio debbe aver luogo nel domicilio di origine, qualora manchi ogni altro domicilio legale, come spiegossi colla ministeriale del Ministro di grazia e giustizia del 30 agosto 1817 al regio procuratore del tribunale civile di Potenza. Ma pei matrimonii dei redenti dalla schiavitù non è richiesto l' atto della notificazione nel luogo della loro ultima residenza (cioè in Barberia); ma bensì nel solo comune, ove hanno il loro domicilio, dappoichè quel luogo non potè mai formare il domicilio legale (Rescritto dell' 11 gennajo 1817 al regio procuratore del Tribunale civile di Trani).

Avea l' abolito Codice prescritto nell' art. 170 che il matrimonio contratto dal nazionale in paese estero era valido se celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, se lo avessero preceduto le pubblicazioni nel luogo del suo ultimo domicilio nel regno, e se non si fosse contravvenuto alle disposizioni mentovate negli art. 144 a 164. Questo è stato tolto nella nuova nostra legislazione, forse perchè parve superfluo. Erasi infatti prescritto nell' art. 6, che il nazionale fosse, tutto che residente in estero paese, soggetto alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone, com' è appunto il matrimonio; e nell' art. 49, che qualunque atto dello stato civile di un nazionale fatto in estero paese si avesse per valido qualora si fossero osservate quelle formalità che quivi erano in uso (*b*). Adottammo però l' obbligo ingiunto a costui fra i tre

---

(*a*) Ignoriamo il motivo per cui questa salutare provvidenza fu tolta, quando assicurava sempre più la pubblicità del matrimonio, ne impediva la clandestinità, ed avvalorava l' autorità data agli ascendenti ed al consiglio di famiglia. Gli autori delle citate *Illustrazioni* sugli atti dello stato civile sostengono che ciò sia virtualmente nello spirito della legge, tutto che non scritto. Vol. I. p. 288.

(*b*) Venne così contradetto non meno alla Costit. *Cum haereditarium regnum*, la quale minacciava la perdita di tutti i beni al na-

mesi del suo ritorno di far trascrivere sul registro pubblico de' matrimonj del luogo del suo domicilio, quello che avesse celebrato in paese straniero (art. 171 † 180). Ma l' ufiziale dello stato civile avvertir dee di non prestarsi alla trascrizione di quest' atto se non nel caso che sia stato legalizzato e ricevuto nel regno colle formalità prescritte dalla legge organica giudiziaria de' 29 maggio 1817.

Un importante miglioramento recarono intanto le nostre Leggi civili alle disposizioni dell' abolito Codice francese coll' art. 179 che permise « omettersi ogni notificazione ne' casi » d' imminente pericolo di vita di uno de' contraenti, bastan» do il di lui giuramento di non esservi alcun legittimo im» pedimento al matrimonio ».

Questi matrimonj detti *in extremis*, perchè si celebrano in punto di morte, furono dall' antica giurisprudenza francese considerati con disdegno, anzi come invalidi riguardo agli effetti civili, quando preceduto l' avesse un illecito commercio tra i conjugi, giusta l' ordinanza del 1639, e l'editto di marzo 1697. Nel formarsi il nuovo Codice lungamente si discusse tal quistione, e siccome si riflettè essere ingiusto il condannare alla disperazione un padre o conjuge moribondo, così, come per un mezzo termine, non si trascrissero tra i matrimonj vietati, nè s' incluse tra le nullità del matrimonio quella della mancanza delle pubblicazioni prescritte nell' art. 63. Ma qual era quell' uffiziale dello Stato civile che l' avrebbe celebrato senza di esse, quando l' art. 192 incaricava il regio procuratore a farlo condannare per tal mancanza ad una multa sino alla somma di trecento franchi? Miglior consiglio dunque è stato tra noi di dispensare a questa formalità, e far ricevere la solenne promessa dall' ufiziale suddetto, tutto che non preceduta dalla notificazione, quando si trattasse d'un matrimonio *in extremis*, vale a dire ne' casi d'imminente pericolo di vita.

Per conoscere tutta l' importanza di questo articolo basta trascrivere le parole eloquenti del sig. Portalis nell' esposizione de' motivi sull' art. 138 del Codice civile ove si trovano bellamente riuniti gli argomenti dell' una e dell' altra opinione.

« I matrimonj, egli dice, contratti nella estremità della » vita, erano ancora vietati dalla dichiarazione del 1639. » Sembrava strano che una persona morendo potesse conce» pire la idea di cangiare in un istante il suo letto di morte » in talamo nuziale, ed avere la pretensione di accendere le fiac-

---

zionale che si fosse congiunto in matrimonio collo straniero senza reale licenza, che alla Pram. XVIII pubblicata a 9 luglio 1803 che imponeva la pena irremisibile di tre anni di relegazione ai nobili, ed altrettanti di galera agl'ignobili i quali avessero contratto sponsali o matrimonio nell' estero senza reale permesso.

» cole brillanti dell' imeneo presso alle torce funebri che pa-
» revan riflettere il loro pallido lume su di una vita quasi
» che spenta. Si faceva gran caso, e con qualche fondamento,
» delle sorprese e dei maneggi che potevano essere praticati
» in simili occasioni, onde strappare dalla debolezza o dalla
» malattia un consenso cui la volontà non avrebbe alcuna par-
» te. Si temeva ancora che coloro i quali amano le dolcezze
» e non i pesi del matrimonio, cedessero alla tentazione di
» vivere in vergognoso celibato, con la speranza di cancellare
» mercè d' un simulacro di matrimonio i torti della intera lor
» vita. Bisogna convenire che la considerazione di tali pericoli
» aveva qualche importanza; ma qual era il matrimonio *in*
» *extremis*? Quì l' arte conghietturale della medicina veniva
» ad aggiungere novelli dubbj a' dubbj ed alle incertezze della
» giurisprudenza. In ogni istante un matrimonio legittimo po-
» teva essere compromesso, ed era difficile di giungere a con-
» vincersi di un matrimonio fraudolento. Noi troviamo appena
» nelle nostre immense collezioni di arresti due o tre decisio-
» ni intervenute su tal materia; e queste decisioni non fanno
» che comprovare le incertezze che incontravano i tribunali
» nell' applicazione della legge. Ma è d' altronde certo che co-
» desta legge fosse buona e convenevole? Comporta l' equità
» che si condanni alla disperazione un padre moribondo, il
» di cui cuore lacerato dai rimorsi vorrebbe nell' ultima linea
» delle cose assicurare lo stato di una compagna che non lo
» ha mai abbandonato, o quello di una progenie innocente di
» cui prevede la miseria e la sventura? Perchè questi figli,
» oggetto della sua tenerezza, perchè la compagna che ha meri-
» tata la sua riconoscenza, non potrebbero, prima di raccogliere
» i suoi ultimi respiri, appellarsi alla di lui giustizia? Perchè
» forzarlo ad essere inflessibile in un momento in cui ha egli
» stesso bisogno di aver ricorso alla misericordia? Contemplando
» la deplorabile situazione di questo padre, sta bene il dire che
» la legge non può nè dee così crudelmente soffogar la natura ».

L' altra formalità che preceder debbe il matrimonio consiste nella presentazione all' ufiziale dello stato civile de' necessarii documenti. Ecco quali si richiedono uniformemente dalle due legislazioni.

1.° L' atto di nascita di ciascuno de' futuri sposi (art. 70 † 72), cui si supplisce coll' atto di notorietà (71 † 73), omologato dal tribunale (72 † 74).

2.° L' atto autentico del consenso degli ascendenti coll' avvertenza di sopra indicata, richiedendosi tra noi quello de' padri delle madri e dell' avo paterno, non già degli avi e delle avole come nell' abolito Codice (art. 73 † 75); ma questo consenso può riceversi ancora dall' ufiziale dello stato civile nel-

l'atto della solenne promessa, come si dichiarò dal Ministero della giustizia colla circolare del 27 maggio 1820.

3.° La sentenza pronunziata in caso che i suddetti fossero assenti, o, in mancanza, l'atto di notorietà corrispondente (art. 155 † 169).

4.° I processi verbali degli atti rispettosi, qualora abbiano avuto luogo, due volte ripetuti, com'è prescritto nelle nostre Leggi (art. 151, e 152 † 166 e 167).

5.° I certificati comprovanti la notificazione fatta nei diversi domicilj: le nostre Leggi vogliono dippiù che di simili certificati sia fatta memoria nel registro delle notificazioni (art. 59 † 71).

6.° La cessazione delle opposizioni se furono prodotte, o i certificati con cui gli ufiziali dello stato civile de'comuni ove son seguite le notificazioni attestino non essersi fatta opposizione. Nella forma dell'atto di opposizione, nell'intimazione e menzione di esso, non v'è discrepanza; solo nel caso di non esistenza di opposizione aggiungono le leggi patrie che se ne faccia pure menzione nel registro delle notificazioni (art. 66 e 67 † 69, 68 † 70 69 † 71); e spiegò il Ministro di grazia e giustizia colla circolare del 28 marzo 1820 che la menzione di non essersi prodotta opposizione debba farsi nel momento della consegna del certificato. La pena dell'ufiziale dello stato civile che passasse oltre se non gli sia prima presentato l'atto della tolta opposizione, pena la quale, oltre a quella de' danni ed interessi era stabilita a trecento lire, è oggi di ducati sessanta (art. 68 † 70).

7.° La pruova legale dello scioglimento del precedente matrimonio, se gli sposi, o l'uno di essi, fossero stati già maritati.

8.° In fine la copia autentica delle dispense che han potuto accordarsi.

§. 2.

Formalità che accompagnano il matrimonio. Del matrimonio per procura.

Varie sono le formalità che accompagnano il matrimonio giusta le leggi francesi, o la promessa di matrimonio giusta le nostre.

La prima riguarda la competenza dell'uffiziale dello stato civile innanzi a cui quello o questa debba aver luogo. Alla presenza dell'uffiziale dello stato civile del domicilio dell'uno o dell'altro conjuge dicono concordi i due Codici (art. 165 † 175); se non che, l'art. 76 del napolitano indica l'ufiziale dello stato civile del comune ove *la futura sposa* ha il domicilio. Ma si rifletta che la competenza di questo ufiziale ha relazione soltanto ai documenti o agli atti che debbonsi presen-

tare o fare innanzi al medesimo, e che riguardano l'atto della notificazione, l'atto di nascita, o principale o suppletorio, quello del consenso de' genitori o altri cui fossero i contraenti soggetti, o i documenti della loro assenza, le opposizioni, e il giudicato che le toglie, l'atto con cui vi si recede (*a*): questi atti, dice l'art. 76, saranno fatti e presentati all'ufiziale dello stato civile del comune ove la futura sposa avrà il domicilio; e ciò sia perchè si ebbe riguardo che la promessa di matrimonio suole per un uso di convenienza farsi nel domicilio della sposa, sia perchè si considerò esser in lei maggiore l'interesse di mettersi al coverto di qualche nullità. Ma volendosi poi solennizzar la promessa avanti all'ufiziale dello stato civile dello sposo, potransi recare al medesimo le copie di detti atti dall' altro ufiziale rilasciate. Così senza togliersi il libero arbitrio degli sposi di adire qualunque dei due ufiziali fosse loro in grado, si è voluto, servendo alla decenza ed agli usi, dare implicitamente la preferenza all'ufiziale del domicilio della donna (*b*).

Continua la concordanza circa l'esecuzione solenne di quest' atto nella casa del comune ed in presenza di quattro testimonj, sieno o no parenti, e la lettura da farsi alle parti de' soprammentovati documenti relativi al loro stato, non che del cap. VI del Tit. del matrimonio intorno ai dritti ed obblighi rispettivi de' conjugi (art. citati).

Ma qui nasce la quistione se possa contrarsi matrimonio per procura. La legge nol vieta, se non in quanto sembra ciò incompatibile colla prescrizione della cennata lettura da farsi agli sposi. Ove dunque non si ommettesse il dovere di leggere allo sposo che fa la procura il citato capitolo, perchè impe-

---

(*a*) Col real rescritto degli 11 febbraio 1818 si partecipò dal Ministro di grazia e giustizia ai regii procuratori civili che a proposta dal Ministro delle finanze S. M. avea nel Consiglio del 18 agosto 1817 ordinato di esentarsi dal bollo tutti gli atti preparatorj alla celebrazione dei matrimonj in ampliazione del num. 4 dell'art. 28 della legge de' 30 gennaio 1817. Ma tal disposizione faceva però rimanere questi atti soggetti al registro gratuito in forza dell' art. 19 n. 7 della legge de' 25 dicembre 1816. Lo che se risparmiava la spesa, non toglieva nè l'imbarazzo nè il necessario ritardo. A nuova proposta del Ministro delle finanze con real rescritto de' 15 febbrajo 1819 furono anche esentati da qualunque formalità di bollo e registro. E finalmente colla circolare de' 22 maggio seguente ne furono esentate ancora le procedure giudiziarie che possono occorrere per ottenere un atto necessario alla celebrazione del matrimonio. Solo si avverte che le disposizioni circa la clausola *da servire per matrimonio* e la pena pronunziata in caso di contravvenzione sono rimaste in vigore.

(*b*) V. il comento de' signori Magliano e Carrillo al Tit. III p. 97, ed il Corso allo studio legale del sig. Apruzzese a questo tit. VI, cap. II n.° 1.

dirsi che alla solenne promessa adempia un di lui procuratore? Gl' interpreti francesi, di accordo col nostro autore si oppongono (a). Ma tra noi si dichiarò con circolare del Ministro di giustizia del 30 agosto 1809 permesso l'uso delle procure nel contratto civile del matrimonio, però colle seguenti limitazioni:

1. Che un solo degli sposi potesse valersi dell' esposta facoltà, e l' altro dovesse essere assolutamente presente;

2. Che il mandato di procura fosse specialissimo, e contenesse colla massima chiarezza tutte le caratteristiche distintive sì del mandante che della persona con cui si stringe la promessa di matrimonio;

3. Che il procuratore non potesse sostituirne un altro:

4. Che il mandante si presentasse personalmente innanzi all' ufiziale dello stato civile del luogo del suo domicilio, esibendo il detto mandato di procura, ed ascoltasse l' enunciato capit. VI sui dritti e doveri de' conjugi, del quale gli fosse fatta lettura, distendendosi di tutto ciò processo verbale, da spedirsi all' ufiziale dello stato civile del luogo ove la promessa di matrimonio debba celebrarsi.

Osservate queste condizioni, opinano i chiarissimi autori del *comento* alle nostre Leggi, che potrebbesi anche presentemente ricevere il procuratore a quest' atto (b); e noi saremmo dello stesso parere anche perchè non ripugnando la disciplina ecclesiastica ad ammetter la procura nella celebrazione del matrimonio sacramentale (c), niuna difficoltà potrebbe rimanervi per non riceverla nella semplice promessa di celebrarlo; se non che, essendo questa una materia di cui tanto si sono le nostre Leggi occupato, ed avendo elleno serbato il silenzio su tal quistione, dubbio ci sembra il potersi nello stato attuale delle cose autorizzar la procura matrimoniale, contravvenendo alle formali disposizioni della legge de' 21 maggio 1819 di cui abbiam parlato in fine della prima sezione.

Riguardo all' atto della celebrazione, noi già notammo

(a) Veramente il Toullier par che inclini al contrario parere. *Taluni*, dic' egli, l. c. num. 318, 1. ed., *han portata opinione che il matrimonio non possa farsi per procura, ma questa conseguenza non è richiesta sotto pena di nullità.* Ma nella nota avverte che nelle conferenze tenute al Consiglio di stato il capo del governo disse: oggidì il matrimonio non ha più luogo che tra persone presenti. V. Locré tom. 3. pag. 79.

(b) L'indefesso sig. Apruzzese nel suo incominciato Corso di studio legale, dopo d' averci su questa quistione rimesso al sig. Locré, tom. 3 p. 79, si limita a conchiudere, che il Codice nostro presente volendo l'osservanza delle disposizioni canoniche, e per le stesse potendo esser celebrato il matrimonio per mezzo di procura, veniva su questa quistione tolto ogni dubbio.

(c) Cap. ult. de procur. in *Sexto*.

nelle disposizioni preliminari ridursi questo alla solenne promessa di celebrare il matrimonio avanti la Chiesa secondo le forme prescritte dal sacro concilio di Trento; quando che la passata legislazione facea ricevere da ciascuna delle parti la dichiarazione di volersi prendere rispettivamente per marito e moglie, e pronunziare dall' ufiziale dello stato civile in nome della legge ch' erano unite in matrimonio (art. 75 † 77).

Concordano però nell' obbligo di stendersene immediatamente l' atto, nella formola di esso e nelle circostanze che dee contenere, meno che la dichiarazione de' contraenti di prendersi per isposi, e quella fatta dall' ufiziale pubblico della loro unione (art. 76 † 79.

Aggiungono dippiù le nostre Leggi, come vedemmo, che di questo atto debba darsi copia ai futuri sposi in doppia spedizione per essere presentato al parroco cui la celebrazione del matrimonio si appartiene.

§. 3.

Formalità che seguono il matrimonio.

Le formalità susseguenti al matrimonio non concernono che il modo come provarlo.

In generale la pruova del matrimonio riguardo agli effetti civili si ricava da' registri pubblici ov' è iscritto l' atto della solenne promessa, qualora sia questa seguita da effettiva celebrazione in faccia della Chiesa. Ma la legislazione francese varie disposizioni diede a tal effetto, che noi quì brevemente indicheremo.

Secondo i principj della romana giurisprudenza la lunga coabitazione, l' onore dal marito renduto a colei che chiamava sua moglie, la voce pubblica, l' opinione de' vicini sembravano pruove sufficienti per istabilire l' esistenza e la certezza de' matrimonj. Ma l' abolito Codice esigeva l' esibizione di un atto di celebrazione iscritto sul registro dello stato civile (art. 194); e tanto rigorosamente lo esigeva, che lo stesso possesso di stato non poteva dispensarne i conjugi, non solamente quando volessero opporre questo possesso ai terzi, ma eziandio quando volessero opporselo rispettivamente l' un l' altro (art. 195).

Questi due articoli sono stati tolti; ma non perciò può dirsi che bisogno non vi sia dell' esibizione dell' atto della solenne promessa per godere degli effetti civili. Il matrimonio esisterà se sia comprovato la sua celebrazione innanzi la Chiesa; ma la mancanza dell' atto della solenne promessa farà presumere che non siasi alla stessa adempito, il che produce la perdita degli effetti civili.

In fatti l' art. 48 delle nostre Leggi chiaramente dice che

avrà luogo la pruova del matrimonio col mezzo tanto di documenti che di testimonj, nel caso solo che non esistessero i registri o si fossero smarriti, e noi vedemmo nelle osservazioni al Titolo 3.° degli atti dello stato civile, tutte le particolari disposizioni date pel surrogamento de' registri suddetti.

Finalmente sono stati aboliti gli art. 198, 199 e 200 prescriventi che se la pruova della legale celebrazione del matrimonio fosse fondata sul risultato di un processo criminale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicurava al matrimonio dal giorno della sua celebrazione tutti gli effetti civili; e che morti i conjugi, o uno di essi, poteva il pubblico ministero far dichiarare valido il matrimonio e promovere l' azione criminale contro dell' uficiale pubblico di cui si fosse scoverta la frode, o la civile contro i suoi eredi, dietro denuncia e col concorso delle parti.

Non occorrevano tra noi tali disposizioni, dopo che venne stabilito non produrre il matrimonio alcun effetto civile quando non si fosse celebrato in faccia della Chiesa. Abbia pure usata qualunque frode l' ufiziale dello stato civile; la validità del matrimonio dipenderà dalla celebrazione del sacramento, e la mancanza del registro commessa per frode si riguarderà come nel caso di mancanza del libro de' registri, giacchè mancante è per le parti che non vi trovano trascritti i loro atti, e quindi bastano le disposizioni dell' art. 48.

Non così dei figli i quali possono ignorare il luogo dov'è stato celebrato il matrimonio de'loro genitori. L'una e l'altra legislazione (art. 197 ✝ 190) li dispensa dal presentare questo atto di celebrazione per provare la loro legittimità, ma esigono tre condizioni: la prima che i due conjugi sieno trapassati; la seconda che ci sia il possesso di stato per parte del padre e della madre; la terza che l' atto di nascita non sia in opposizione con questo possesso.

§. 4.

Delle persone che possono opporsi al matrimonio.

Per compiere l' oggetto di questa sezione è necessario dir qualche cosa intorno a coloro che possono produrre delle opposizioni al matrimonio, e per conseguenza anche alla solenne promessa del medesimo; opposizioni di cui abbiam fatto parola semplicemente per annoverarle tra le carte che van presentate all' ufiziale dello stato civile.

S' intendono quì per opposizioni tutti quegl' impedimenti che formar si possono prima della celebrazione del matrimo-

nio ad oggetto d' impedirlo, giacchè val meglio prevenire le contravvenzioni alla legge che averle poi a punire ed a riparare. Molti ne presentava l'antica patria legislazione desunti o da privato interesse, o da vergognose congiunzioni, o da ineguale condizion di natali, impedimenti cui per lo più la vanità, l'ambizione o l'avarizia davano luogo. Molto ancora vi era d'incerto, molto lasciato all' arbitrio del giudice, così circa i motivi d' impedimento, come riguardo alle persone atte a produrlo. Noi parleremo in appresso dei motivi e qui soltanto ci occuperemo 1. delle persone che possono produrre le opposizioni 2. del modo come produrle e del loro effetto.

1. Secondo i due sistemi legislativi la facoltà di opporsi al matrimonio appartiene: 1.° Al conjuge dell' individuo che vuole contrarne un secondo innanzi che sia disciolto il primo (art. 172 † 281); 2.° Agli ascendenti anche dopo la maggior età de' loro figli e discendenti, e sia qualunque l' età cui siano questi pervenuti: il quale dritto non è conceduto che gradualmente, come abbiamo osservato (art. 173 † 182); 3.° In mancanza di tutti gli ascendenti, al fratello o sorella, allo zio o zia, al cugino o cugina germana di uno degli sposi, ma nei soli due casi contemplati nell'articolo 174 † 183; 4. Al tutore o curatore negli stessi due casi nei quali è permesso ai collaterali, purchè venga a ciò autorizzato da un consiglio di famiglia che può far convocare (art. 175 † 184).

2. Segue del pari la stessa uniformità nella forma dell'atto di opposizione, sua notifica, soscrizioni e menzione sommaria nei registri, non che nei casi che l' opposizione fosse stata o tolta da un giudicato o rimossa dall' opponente (art. 176 † 185, 66 † 69, 67 † 69).

Il tribunale dee sulla domanda per rivoca di opposizione deliberare entro dieci giorni (art. 177 † 186); e nel caso di appello il Codice civile ordina doversi anche decidere ne' dieci giorni successivi alla citazione (*a*): ma le nostre Leggi si contentarono di dire che un tal giudizio fosse ultimato in preferenza di ogni causa urgente (art. 178 † 187) (*b*). La con-

---

(*a*) Il quale termine neppure in Francia è di rigore contro il futuro sposo che procede per la rivoca, come decise quella Corte di cassazione nel 4 novembre 1807 (Sirey, 8. 1. 57).

(*b*) È qui conviene avvertire che questo articolo non dichiara perenta l'istanza per non essersi discussa nel termine indicato, che non è stabilito se non a vantaggio di coloro i quali provocano il matrimonio. Questo è il sentimento degl' interpetri francesi appoggiato ancora sulla decisione della Corte di cassazione de' 4 novembre 1807, (Sirey, 1808, pag. 57 e seg.). Questo è pure il sentimento de' comentatori patrii che ci han preceduto.

danna dei danni ed interessi contro quei che si oppongono, tranne gli ascendenti, è concordemente prescritta (art. 179 + 188). Intanto si quistionava se pendente la risoluzione della Corte di appello, o nel caso di ricorso pendente la decisione della Corte suprema si potesse ordinare l' esecuzione provvisoria, e sebbene la nostra Corte degli Abruzzi avesse deciso nel 6 giugno 1817 negativamente, (V. CATALANI, 2. 44) pure la giurisprudenza francese vi si opponeva ammettendo l' esecuzione provvisoria non ostante appello, come dalla decis. della Corte di Nimes del 30 dicembre 1806 si rileva (Giurisprud. del Foro 16, 86). A togliere questi dubbii, e stabilire forme più adatte nel discutersi le opposizioni è venuto al soccorso il decreto del 7 aprile di questo anno 1828 riportato nel Giornale degli 8 maggio n.° 108.

In esso si stabilisse 1. Che ne' giudizii di opposizioni al matrimonio le decisioni delle Gran Corti civili che han rigettato le opposizioni, non siano esecutorie se non dopo scorso il termine per produrre il ricorso per annullamento alla Corte suprema di giustizia, o dopo che il ricorso prodotto sia stato da essa rigettato.

2. Che il termine de' tre mesi stabilito nell' art. 582 delle *Leggi di proced. civ.* per prodursi il ricorso si riduca a soli trenta giorni in questi giudizii, decorrendi dal dì dell' intimazione della decisione alla parte in persona o al domicilio.

3. Che tal ricorso così intimato debba ne' tre giorni successivi ed a cura del ricorrente esser vistato dal cancelliere del giudicato del circondario dove tal' intimazione è seguita, e notato su di un registro particolare da tenersi all' uopo dal cancelliere stesso; e ciò a pena di decadenza.

4. Che scorsi i termini suddetti possa eseguirsi la decisione della Gran Corte civile in vista di certificato negativo del cancelliere del giudicato di circondario vistato dal giudice rispettivo.

5. Che il termine per depositare il ricorso di unita alla spedizione o copia della decisione debba essere di giorni venti, quando la intimazione sia seguita in un comune compreso nell' ambito giurisdizionale della Gran Corte civile di Napoli o di Palermo, e di venticinque giorni se il comune dov' è seguita la intimazione sia compreso nell'ambito giurisdizionale delle altre Gran Corti civili.

6. E che elasso il termine stabilito nel precedente articolo, la decisione impugnata possa eseguirsi in vista di un certificato negativo del cancelliere della Corte suprema vidimato dal presidente della Corte medesima.

Riguarda pure l' obbligo che ambe le legislazioni im-

pongono di motivare l' opposizione, eccetto quando questa fosse prodotta ad istanza di un ascendente il di cui amore fa presumer che i suoi motivi siano ragionevoli (*a*) (art. 176 + 185); le quali formalità sono egualmente richieste sotto pena di nullità, e dell' interdizione dell' uffiziale ministeriale che avesse sottoscritto l' atto di opposizione (*ib.*).

§. 5.

Del matrimonio de' militari.

Così nell' abolito come nel presente Codice particolari norme si leggono intorno agli atti dello stato civile de' militari fuori del territorio del regno. Nulla si dice però riguardo ai medesimi allorchè si trovano ne' reali dominj; ed è chiaro che in tal caso debbono adempire, al pari di qualunque altro nazionale, a quanto trovasi prescritto così per gli atti di nascita e di morte che per quelli concernenti il matrimonio.

Pur nondimeno non basta al militare che vuol maritarsi l' adempiere a tutte le prescrizioni della legge comune. I moltiplici doveri annessi a tale stato han reso in generale i governi vigilanti e più o meno renitenti circa i matrimonii de' militari. Il nostro autore ha indicato gli ordinamenti statuiti in Francia su tal materia: spetta ora a noi far conoscere quelli del regno.

Il re Carlo III avea sin dal 1749 vietato agli ecclesiastici col dispaccio degli 8 febbraro la celebrazione de' matrimonj degli ufiziali senza sua licenza, e degli altri militari senza quella del colonnello o comandante del corpo. Estese tal proibizione col dispaccio de' 21 novembre 1750 agli allistati nelle proprie case per li reggimenti provinciali, senza l' intelligenza del preside; e con quello de' 12 novembre 1755 vietò ai cappellani de' reggimenti di consegnar fedi di stato libero, ed alle curie vescovili di spedir decreto di matrimonio pe' militari se prima costoro non presentassero il reale permesso.

L' augusto di lui figlio coll' editto de' 28 novembre 1796 rinnovando siffatte proibizioni, anche pe' soldati senza suo real permesso, sanzionò le pene per chiunque vi mancasse: stabilì come pena irremissibile per qualunque ufiziale di qualsivoglia grado e destino la privazione di ascensi per quindici anni, la

---

(*a*) Obbligarli, dice Toullier, a renderne conto ai tribunali, sarebbe un deferire al magistrato civile l' ispezione che la legge non ha accordato che al magistrato domestico, e che è tanto ragionevole di garentirgli. Ma tal privilegio non si estende ai figli maggiori.

separazione dalla moglie condannata ad esser rinchiusa in un conservatorio per lo stesso tempo, coll' assegnamento del terzo del soldo del marito: due anni di rilegazione nell' isola di Ustica al padre della donna che non vi si fosse opposto, ed in mancanza del padre due anni di reclusione in conservatorio alla madre; e, mancando i genitori, serbò la stessa pena a quei de' congiunti sotto la di cui cura vivesse la donna. Consimili pene pronunciò pei matrimonj degli altri militari non uffiziali, colla sola differenza del mantenimento in conservatorio della donna alla quale il quinto della paga del militare venne assegnato, e quando questa non giungesse a docati nove al mese vi si aggiungevano dodici carlini al mese dal fondo del ramo militare. Scrisse la pena di quattro anni di rilegazione nell'isola della Favignana ai parrochi ed altri ecclesiastici che benedicessero tali matrimonj, e quella di tre anni di confino nella Pantelleria al colonnello o comandante del reggimento o corpo, al tenente colonnello, primo e secondo maggiore, e cappellano che non avessero prima dello scorrer di un mese partecipato direttamente alla Segreteria di stato e guerra qualunque matrimonio celatamente contratto dai militari del reggimento o corpo cui appartenessero. Permise però appoggiarsi la domanda di matrimonio dai capi de' corpi per gli ufiziali superiori fino al grado di capitan-tenente, quando le richieste cadessero sopra donne ben nate, o figliuole di ufiziali: pe' subalterni permise lo stesso quando costoro possedessero competenti beni, pensioni, ec., o si maritassero a donzelle che ad onesti natali accoppiassero considerevole dote; per gli altri tutti, quando la dote promessa o i beni posseduti fossero tali da poter fare sussistere la famiglia, senza impiegarvi la loro paga mensuale.

Durante l' occupazione militare ebbe luogo sull' oggetto in quistione il decreto de' 10 dicembre 1808. Ivi si ordinò egualmente la proibizione a tutti i militari sia di terra sia di mare, e di qualunque grado, di contrarre matrimonio senz' aver prima chiesto ed ottenuto il permesso, riserbato al re pei gradi superiori, al ministro della guerra per gli ufiziali sino al grado di capitano, ed al consiglio di amministrazione del reggimento pe' soldati e sotto-ufiziali (art. 1 e 5). Tale richiesta doveva esser accompagnata dal certificato del parroco, e del sindaco del comune della sposa che assicurassero la di lei onesta condotta, e dallo stabilimento della dote la quale venne proporzionata ai gradi. Pei soldati e sotto-ufiziali bastava un decente corredo, e che la donna fosse atta all' industria ed al travaglio: pe' sotto-tenenti e tenenti si esigeva la dote di docati mille, il doppio pe' capitani, il triplo pe' capi di battaglione o squadrone, il quadruplo pe' colonnelli; sei mila docati pei gene-

rali di qualunque grado. La dote però poteva ridursi alla metà trattandosi di figlie di militari: doveva essere in beni stabili, o in numerario effettivo riducibile a beni stabili, della di cui esistenza e validità toccava rispondere ai consigli d' amministrazione del reggimento, ed ai rispettivi intendenti e sottintendenti militari sino al grado di colonnello, ed al ministro della guerra pe' generali. (art. 2 e 4). Si prescrisse pure che il numero de' soldati e sotto-ufiziali ammogliati non dovesse oltrepassare la vigesima parte degl' individui che compongono il reggimento, non compresi i volontarj ammogliati (art. 3). Diverse pene furon comminate a' contravventori. Il soldato, posto alla coda del reggimento, andava punito con sei mesi di detenzione in carcere, e con due anni di aumento di servizio forzoso (art. 6). Il sotto-ufiziale, degradato, con sei mesi di prigionia, e col servizio biennale da semplice soldato (art. 7). L' ufiziale, con sei mesi di arresto di rigore, e senza poter ottener avanzamento per due anni. La moglie ed i figli di lui, privati di ogni dritto alle pensioni, e se la condizione di quella fosse stata disonesta, il marito ufiziale rimanea privo d' impiego (art. 7). Gl' intendenti e sotto-intendenti militari furon considerati secondo il grado militare al quale venivano eguagliati nell' armata di terra, ed i commissarj di marina secondo quello a cui corrispondono nell' armata di mare (art. 9). Gli ufiziali di sanità contravventori erano puniti con sei mesi di arresto di rigore, e colla privazione per due anni di qualunque avanzamento (art. 10). I capi de' corpi si chiamavano responsabili dell' inesecuzione di tali disposizioni. Finalmente ordinossi che gli ufiziali dello stato civile non potessero autorizzare il matrimonio di un militare che non presentasse la pruova legale del permesso necessario a contrarre matrimonio (art. 12); e per quelli che si trovassero nell' estero, gl' intendenti o sottintendenti dell' armata di terra, ed i commissarj di quella di mare facessero le veci degli ufiziali dello stato civile per autorizzare i matrimonj suddetti.

Nel ritorno del Re in questa parte de' suoi dominj fu sulle prime emanata una disposizione relativa agli ufiziali che godono del semplice onore dell' uniforme, i quali vennero abilitati a contrar nozze presentando all' ufiziale dello stato civile un certificato del Ministero della guerra (allora Supremo Comando) indicante la qualità di ufiziale onorario. (Circolare del Ministro di giustizia de' 19 luglio 1816).

Posteriormente con real rescritto de' 25 ottobre 1816 si dichiarò che gli uffiziali subalterni per prender moglie non avevano che a rinunziare al servizio militare, e che da capitano in sopra gli uffiziali potessero maritarsi col real permesso prendendo una dote almeno di docati tre mila.

Indi con altro rescritto de' 10 settembre 1817, si permise agli uffiziali subalterni di prender moglie quando oltre di una dote vistosa, vi fossero de' vantaggi a sperare in avvenire, o la donzella fosse ereditiera.

Ivi pure si dispose che per li soldati e sotto-ufiziali bisognava ottener il permesso di maritarsi dal proprio ispettore, ma che gli ajutanti dovevano conseguirlo dal Ministero della guerra (*a*). Ma dopo ciò fu chiusa la strada ai matrimonii degli uffiziali, e non si ricevevano più suppliche dal Ministro della guerra per questi permessi; sino a che piacque all' attuale nostra Monarca consolare i voti di questa classe de' suoi sudditi co' decreti del 17 gennaro e 9 marzo 1825 che trascriviamo.

» Condonate le pene incorse dai militari che si sono am-
» mogliati sino al 4 gennajo 1825, si dispone per l' avvenire
» che si può chieder permesso per matrimonio da maggiore in
» sopra, facendo costare la condizione e la moralità della sposa,
» ma i capitani ed ufiziali subalterni non possono passare a
» nozze se non quando abbiano dimostrato e provato al Mini-
» stro Segretario di stato di guerra e marina un imponibile non
» minore di dugento quaranta ducati annui netto di affezioni
» ipotecarie, o una dote di ugual valore e colla stessa condi-
» zione, cioè libera d' ipoteche. — I trasgressori e chiunque
» conviverà con una donna saranno destituiti, ed i loro supe-
» riori che nel termine di sei mesi non facessero conoscere que-
» sta trasgressione lo saranno egualmente. — Restano in pieno
» vigore le altre disposizioni che alle suddette non si oppon-
» gono. — *Dec. del 17 gennajo* 1825.

» Sono dispensati dall' esecuzione degli art. 3 e 4 del decreto del 17 gennajo que' militari che vivendo in concubinato
» vi abbiano figli naturali, purchè tra due mesi si uniscano
» in matrimonio: non avendo figli si ordina la loro separazione
» sotto pena di destituzione. I matrimonii celebrati con questa
» dispensa non producono dritto alla pensione sul monte delle
» vedove. — *Dec. del 9 marzo* 1825.

Quando dunque siasi un tal permesso ottenuto, bisogna distinguere: se i militari sono nel regno, ed allora gli atti della solenne promessa con tutte le condizioni e formalità che li riguardano debbonsi fare dagli uffiziali ordinarj dello Stato civile non ammettendosi alcuna eccezione alle forme dettate dal comun dritto. La sola difficoltà consisterebbe nell' indicare

---

(*a*) Questi due rescritti non son pubblicati nè fan parte della Collezione delle leggi, ma esistono nella real segreteria di guerra e marina per semplice istruzione di quel ministero.

pel soldato che seguendo le bandiere cangia spesso stazione, come possa calcolarsi la residenza di tre mesi (*a*). Ma pel militare che in ciò è meramente passivo basterà provare di trovarsi presente al corpo da più di tre mesi; del che l' ufiziale dello Stato civile farà menzione, egualmente che del tempo dal quale il corpo è in guarnigione nel comune: e se trattasi di un ufiziale senza truppa, basterà giustificare la data dell'ordine che l' ha chiamato pel servizio nel comune ove trovasi. In ogni caso la notificazione parimente dovrà per l' art. 177 delle nostre Leggi esser fatta nel luogo dell' ultima residenza.

Per que' militari poi che sono fuori del territorio del regno, vanno di accordo tutte e due le legislazioni nel prendere in considerazione non solo i militari propriamente detti, ma tutti ancora gli altri impiegati al seguito delle armate che co' rispettivi corpi rattrovansi fuori del regno, giacchè per quei militari isolati che trovansi in paese straniero senza il corpo di armata, vanno osservate le regole comuni stabilite negli articoli 49 e 50 delle nostre Leggi, quando abbiano ottenuto il permesso di maritarsi.

Concordano pure per le pubblicazioni o notificazioni da farsi nel luogo del loro ultimo domicilio (*b*) ed inoltre per la menzione nell' ordine del giorno del corpo dell' armata se si tratti o d' individui addetti ad un corpo o di ufiziali senza truppe o d' impiegati che ne fan parte (art. 94 † 99).

Combaciano ancora nel notamento da farsi nel registro dello stato civile de' corpi o dell' armata, e nell' obbligo che ha l' ufiziale incaricato di spedirne copia all'ufiziale dello stato civile nell' ultimo domicilio degli sposi: vi aggiungono però le nostre Leggi che ciò debb' essere adempito dopo che sarà celebrato il matrimonio innanzi la chiesa (art. 95 † 100).

(*a*) Ecco quel che su tal proposito dice Toullier n. 515; p. ed. " I militari anche quando sono in attività di servizio, allorchè si ,, trovano nel territorio francese non possono contrarre matrimonio che ,, innanzi agli ufiziali dello Stato civile de' comuni dove hanno rise- ,, duto senza interruzione per lo spazio di *sei* mesi (tra noi tre) o ,, innanzi l' ufiziale dello stato civile dei comuni dove le loro future ,, spose hanno acquistato il domicilio, e dopo le pubblicazioni ordi- ,, nate ,, (*avviso del Consiglio di Stato approvato il 4 complimentario anno* 13)..

(*b*) Il domicilio de' militari in attività di servizio è sempre sotto la propria bandiera, sia dentro sia fuori del regno quando siano co' loro Corpi.

SEZ. IV.

Degl' impedimenti al matrimonio.

I motivi pe' quali si cerca d'impedire un matrimonio chiamansi *Impedimenti*. Essi variano a seconda delle varie legislazioni. La facoltà di stabilirli tra noi appartiene da una parte all' autorità ecclesiastica per non celebrarsi il matrimonio, dall' altra all' autorità civile per non far ricevere la solenne promessa. Noi non ci occuperemo che di enumerarli, mettendo a confronto le due legislazioni, e notandone le differenze.

Concordano esse nell' annoverar tra i primi impedimenti quelli che nascono dalle tre condizioni necessarie a contrarre il matrimonio di cui parlammo nella sez. II., cioè:

1. Difetto di età ne' contraenti, alla quale tra noi non si può dispensare (art. 144 + 152).

2. Mancanza di consenso di una delle parti o di ambedue fondata sopra motivi di demenza (*a*), violenza o timore, dolo o errore (art. 146 + 153 e 154).

3. Mancanza del consenso de' genitori o della famiglia, o del di loro consiglio ne' casi in cui la legge l'uno o l' altro ri-

---

(*a*) Rapporto agli impedimenti per motivo di demenza che oppor si possono dai parenti in mancanza degli ascendenti si avverta:

1. Che la ricerca delle pruove della demenza non può aver luogo senza una precedente sentenza che l' autorizzi e ne fissi il termine; (Bruxelles 13 termidoro anno XI: Sirey, 4. 2. 513).

2. Che i parenti a cui la legge non permette formare opposizione al matrimonio non possono impedirlo con introdurre una domanda d' interdizione (*Ivi*, *ivi*).

3. Che nel formarsi opposizione per causa di demenza, debbono i fratelli o i zii articolare de' fatti che sieno di natura non solo a far supporre, ma ancora a provar la demenza sulla quale fondano la loro opposizione (Parigi 29 messidoro anno XII, Sirey, 4. 2. 172), anzi debbono articolar per iscritto fatti che la comprovano, indicando i testimoni corrispondenti (Colmar, 25 dicembre 1810, Sirey, 9. 2. 93).

4. Che la facoltà data ai tribunali di puramente e semplicemente togliere l' opposizione fondata sullo stato di demenza non può applicarsi quando tale opposizione emana dal padre o altro ascendente. In questo caso i giudici non possono dispensarsi dall' ordinare la convocazione di un consiglio di famiglia e di procedere secondo le regole prescritte nel Titolo dell' interdizione (Bruxelles, 15 dicembre 1812, Sirey, 13. 2. 238).

Fu proposta alla Cassazione di Francia la quistione se la demenza fosse una causa di nullità assoluta, anche quando il matrimonio si fosse contratto pendente la procedura per l' interdizione, ma non fu risoluta, come ci assicura Denevers, 19. 1. 113.

chiede (art. 148 † 163, 149 † 164, 151 † 166, 160 † 174), e che però si può tra noi dal re supplire giusta l'articolo 165.

Noi osservammo di sopra che i riguardi dovuti al venerando nome de' genitori, fa sì che si debba accogliere la loro opposizione benchè sfornita di cause, e dispensarli dallo spiegarne i motivi. Vuolsi però distinguere questa opposizione dalle sue conseguenze. Comunque essa debba essere ricevuta indefinitamente, non diventa perciò sempre un ostacolo al matrimonio; poichè altrimenti sarebbe mestieri supporre che la negativa del consenso per parte del padre fosse, indipendentemente da qualsivoglia altra circostanza, impedimento in ogni caso. Or tanto nel Codice che nelle nostre Leggi non ottiene essa quest' effetto che riguardo ai figli minori (*a*).

Ma sarà lo stesso pel consenso che si richiede del consiglio di famiglia al matrimonio de' minori di anni 21? Niuno dubita che avendo questo consiglio il dritto di acconsentire abbia perciò necessariamente quello di dissentire, e per conseguenza di opporsi. La quistione è solo se questa opposizione debba esser motivata, o debba il consiglio suddetto godere dello stesso privilegio accordato agli ascendenti di non motivare.

Il nostro autore sostiene e fortemente nella nota 16 a questo Titolo l'affermativa, e ne adduce molte ragioni. Il signor Toullier al contrario, l. c. n.° 402, p.ª ed. opina, che « non » sia così del consiglio di famiglia il quale non esercita riguar» do ai minori di ventun' anni, che una magistratura sussidia» ria. Il rifiuto di acconsentire al loro matrimonio potrebb'es» sere l' effetto di un interesse particolare degli opponenti. Essi » dunque debbono render conto de' motivi del loro rifiuto, e » della loro opposizione, e questi motivi possono esser deferi» ti ai tribunali ». E par che ciò sia più consentaneo allo spirito della legge che dopo d' avere stabilito il principio dell' enunciativa de' motivi, non fece l' eccezione che pe' soli ascendenti del di cui amore dubitar non si poteva. Ora le eccezioni non si estendono, e la presunzione di un amore paterno è ben lontana dagli altri parenti.

4. Il vincolo d' un matrimonio legittimo sussistente (art. 147 † 155) di cui parleremo nel §. 6 della sez. V.

(*a*) Locré, Spirito del Cod. civ. sull'art. 173; Portalis, Sposizione de' motivi sul tit. del matrim. Ved. quel che abbiamo aggiunto alla nota 37 dell' autore pag. 19 e seg. La nostra Corte degli Abbruzzi decise egualmente nel 22 dicembre 1817, che per essere ammissibili le opposizioni che propone il padre al matrimonio della figlia (maggiore), bisogna che siano ragionevoli e fondate (Catalani, 2. 42).

5. Il non esser per la donna decorsi dieci mesi dallo scioglimento dell' antecedente matrimonio. Ma qui tre spieghe vi han fatto le nostre Leggi. *La donna*, dice il Codice; la *vedova*, dicono le Leggi civili; *dopo lo scioglimento*, continua quello; e queste, *dopo la morte del marito*: vi hanno poi aggiunto la condizione *qualora in questo intervallo non abbia partorito*, onde mostrare che il motivo di siffatto impedimento non altro era che la confusione del parto.

6. L' interdizione perpetua nella condanna all' ergastolo che serba tutti gli effetti della morte civile, eccetto che per la sola indissolubilità del matrimonio. Ma diverso è il caso di volersi dal condannato all' ergastolo contrarre un matrimonio. Se l' esser egli per tutta la vita servo della pena non fa sciogliere il matrimonio già contratto, questo è perchè tra noi esso non si considera come solo contratto civile, ma come contratto sacramentale, e l' uomo non può sciogliere ciò che la chiesa congiunse. L' accordarsi però al condannato di celebrare un matrimonio colla precedente solenne promessa, darebbe al medesimo la patria potestà, l' autorità maritale, il dritto di tutela, quello di ricevere e fare donazioni per causa di matrimonio ec.; lo restituirebbe quindi ai dritti politici e civili che gli ha tolti e per sempre la pena. È vero che questo motivo di opposizione, che questa proibizione non è scritta nella legge civile; ma essa è una conseguenza necessaria della legge penale. Incapace quel condannato di qualunque atto che produca effetto civile, lo è molto più di quello che forma la base della maggior parte di essi, e che lo riunirebbe alla società dalla quale il delitto l' ha escluso, e la pena per sempre allontanato. Ed anche fuor del riguardo dovuto agli effetti civili, come potrebbe il condannato all' ergastolo, vale a dire ad un luogo chiuso, luogo di pena la più severa e così vicina a quella dell' ultimo supplicio, luogo dove i regolamenti vietano l' ingresso di qualunque altro individuo non che quello di persone di altro sesso che vi produrrebbe scandali risse ec., come potrebbe, noi dicevamo, adempire al fine del matrimonio, e quale speranza avrebbe di poterlo un giorno adempire? (Veggasi quel che altrove abbiam detto Tom. 1. pag. 131.

7. La parentela. Essa è naturale, civile, e mista. La prima è quel vincolo che solo il sangue e la natura han messo tra le persone che discendono l' una dall' altra o da uno stipite comune, ma da una unione che non sia riconosciuta legittima. Questo vincolo esiste tra i figli naturali ed i loro discendenti, il loro padre e la lor madre, e i parenti dell' uno e dell' altra (*a*).

(*a*) La massima che i figli naturali non hanno famiglia non è ap-

La parentela civile è l'opera della sola legge: essa risulta dall'adozione, e non esiste che tra l'adottante e l'adottato, ed i figli naturali o adottivi dell'adottante.

La mista è quel vincolo che la legge d'accordo colla natura ha messo tra le persone che discendono le une dalle altre, o da un autore comune mediante un legittimo matrimonio. La serie per le persone tralle quali questo vincolo esiste, si dice *linea di parentela* la quale è diretta o collaterale.

Tutte e due le legislazioni concordano nello stabilire i gradi di questa parentela mista, e nelle proibizioni nella linea retta all'infinito, e nella collaterale tra il fratello e la sorella, cui niuna autorità può dispensare (*a*), e tra gli affini nel medesimo grado (art. 162 + 160). Ma per questi ultimi se il Codice francese non ammette dispensa del governo, tra noi può il Re per cause gravi dispensarvi giusta l'art. 161 (*b*). I mo-

---

plicabile se non ai rapporti civili; i rapporti naturali che risultano dal vincolo del sangue tra i figli naturali o i loro discendenti ed i parenti del padre e della madre sono gli stessi che quelli tra i figli legittimi e i parenti del loro padre e della lor madre. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt l.* 8 *de Reg. Juris* (V. Toullier num. 476 p. ed.).

(*a*) L'impedimento nella linea retta è fondato sul dritto naturale e sulle leggi positive divine ed umane. Quello tra fratelli e sorelle e tra gli affini del medesimo grado deriva dalla pubblica onestà. La famiglia debb' essere il santuario de' costumi, e conviene allontanarne tutto ciò che può corromperli: il matrimonio non è una corruzione. Ma la speranza delle nozze fra persone che vivono sotto lo stesso tetto, e nella più grande intimità, potrebbe introdurre la corruzione, e cagionare tali disordini da macchiare la casa paterna, e bandirne l'innocenza e la virtù (Toullier num. 482 p. ed.).

(*b*) Non vi è dubbio che il divieto delle nozze nel primo grado di affinità è sostenuto da salde ragioni. Ma in Francia vi fu ancora un motivo particolare ond' esser più severo intorno a tali nozze; giacchè essendo allora permesso il divorzio si poteva temere che la possibilità di rompere il matrimonio esistente unita alla facoltà di sposarsi, non incoraggiasse una specie di seduzione tra gli affini di primo grado, inducendo i cognati e le cognate al concubinato, e turbando così il riposo delle famiglie. Sembrò scandalosissimo il permettere lo scioglimento del matrimonio col divorzio per darsi poi in braccio di un cognato o di una cognata. Quindi si spinse a tanto la severità che, oltre al divieto, si negò ogni speranza di dispensa. Si riflettè ancora, che senza un divieto assoluto e non soggetto ad eccezioni, gl' inconvenienti non potevano evitarsi. Imperocchè, se la dispensa doveva aver l'appoggio di un motivo, si poteva questo motivo far nascere o procurare a bella posta commettendo un disordine, e così aprirsi la via di ottenerla. Quindi si opinò esser meglio che la legge permettesse una cosa la quale non è essenzialmente cattiva, piuttosto che mettere al fianco del precetto un mezzo legale di violarlo: quando i costumi reclamano contro a tali matrimonj, bisogna stabilire un divieto assoluto e non soggetto ad eccezioni. (Discuss. sul Cod. a questo Tit. Portalis, Esposiz. de' motivi).

tivi i quali giustificano il divieto sono tutti di dritto positivo appoggiati sulle convenienze sociali e di famiglia, i quali per quanto siano rispettabili ed imponenti, tuttavolta non toccano il fondo del dritto naturale; quindi possono esservi circostanze particolari che giungano a bilanciare le ragioni di convenienza giustificanti il divieto, e che al contrario esigano assolutamente una dispensa. Sovente l'interesse de' figli richiede che si autorizzino tali unioni; potendo essi ritrovare nel fratello e nella sorella del loro padre o della loro madre le stesse affezioni e le stesse cure di questi ultimi. Si rifletterà pure che abolita tra noi la licenza de' divorzj, si possono dare delle congiunture in cui, dopo la morte del fratello, l' utilità dei figli e della famiglia, ed altre particolari considerazioni richiedono giustamente la dispensa per isposar la cognata. È vero che in generale la speranza fomenta i disordini; ma non bisogna calunniar tanto la natura umana facendo regola di un male che talvolta accade; potendo in mille altri casi tali matrimonj esser suggeriti da motivi innocenti e diretti al bene dei figli e della famiglia (*a*).

Ragioni di pubblica onestà hanno similmente fatto vietare il matrimonio tra lo zio e la nipote, e tra la zia ed il nipote (art. 163 ✝ 160); ed ambe le legislazioni qui accordano al sovrano la facoltà di rimuovere siffatto impedimento (art. 164 ✝ 161). Queste proibizioni non si estendono agli zii ed ai nipoti per affinità. Ma che dirassi de' prozii e delle pronipoti ? In Francia, venne quest' impedimento esteso anche a costoro, in virtù di un avviso del Consiglio di stato approvato il dì 7 maggio 1808. Lo stesso dir si dovrebbe tra noi; poichè il nome di *zio* conviene a tutti i nostri congiunti nella linea collaterale ascendente, come *avo* è detto non men il padre del padre, che i di lui avoli. Il fratello del padre è non solo zio ai figliuoli del medesimo, ma altresì a' di lui nipoti (*b*). Ciò accade, dice Ulpiano, in tutte le voci in cui la preposizione *pro* suole aggiungersi, *l.* 3. §§. 2. *ff. de postulando.* Le espressioni dunque *zio* e *nipote* vengono dalla legge adoperate come termini che comprendono tutti gli zii e tutti i nipoti in qualunque grado essi sieno. (V. Pothier, *contratto di matrimonio* n.° 148; Maleville tom. 1. pag. 179. Vedi pure il cit. comentario alle nostre leggi tom. 1. pag. 299).

L' affinità non producendo gradi, è superfluo l' avvertire

(*a*) Vedi gli annotatori napolitani al Toullier pag. 546 tom. 1. p. ed.

(*b*) Veggasi la l. 50 ff. *de verb. sign.*, ove il vocabolo di *nuora* si adatta alla moglie del nipote *ex filio*.

che il matrimonio non può esser proibito fra un individuo e la vedova del fratello della sua prima moglie, nè fra un nipote e la moglie del di lui defunto zio, poichè questa proibizione non si estende all' affinità (*a*).

Ragioni di decenza e di ordine pubblico hanno parimente fatto vietare da entrambe le legislazioni il matrimonio tra l'adottante e l' adottato, o i discendenti di costui; tra l' adottante ed il consorte dell' adottato, e viceversa; e tra l' adottato ed i figli dell' adottante ancorchè adottivi (art. 272 † 159 e 160). Niuna dispensa in questi casi ammette il Codice civile: le nostre Leggi l' accordano solo per cause gravi nella parentela civile, ma nella sola linea collaterale, giusta l'art. 161.

In questo articolo ci avverte il legislatore che tutte le dispense di cui ha fatto menzione s' intendono accordate per quanto riguarda l' impedimento civile; lo che importa, che nel caso degl' impedimenti misti dispensabili, bisogna ottener la dispensa dall' una e dall' altra potestà.

Rispetto finalmente alla parentela naturale, sì l' una che l' altra legislazione non ne riconosce altra che quella tra gli ascendenti e discendenti, e gli affini nella medesima linea (art. 161 † 158) e tra le sorelle e i fratelli e gli affini nel medesimo grado (art. 162 † 160). Quindi non è proibito il matrimonio tra zii e nipoti naturali, o semplicemente uniti per affinità, come dicemmo (*b*).

8. Altro impedimento al matrimonio è l' inosservanza delle formalità prescritte sotto pena di nullità di cui noi ragioneremo nella seguente sezione.

9. Finalmente la mancanza del permesso richiesto, come di sopra osservammo, pel matrimonio de' militari.

Questi sono gl' impedimenti ammessi dall' una e dall'altra legge, salve le notate differenze. Ma due altri ne riconosceva il Codice francese, l' adulterio ed il divorzio.

Il primo non era d' impedimento al matrimonio che nel solo caso in cui fosse stato ammesso il divorzio in giudizio per causa di adulterio: allora il conjuge colpevole non poteva giammai contrarre matrimonio col suo complice (art. 298), e questo impedimento era perpetuo, in guisa che tal matrimonio non poteva aver luogo neanche dopo la morte del conjuge innocente.

(*a*) Per effetto di questo principio, il ministro della giustizia in Francia con una lettera trasmessa al procuratore regio del tribunale civile di Riom decise, che il matrimonio poteva esser contratto senza dispensa fra un nipote e la vedova del di lui zio. (V. i comentarii citati).

(*b*) Maleville, tom. 1. pag. 199.

L' altro impedimento era il divorzio che interdicea ai conjugi di riunirsi in matrimonio (art. 295) , o di contrarne altro novello con chicchessia , durante lo spazio di tre anni, se il divorzio era seguito per mutuo consenso (art. 297).

Rimasto tra noi abolito il divorzio col real decreto de' 13 giugno 1815, e non essendosi di esso fatta più menzione nelle Leggi civili , non potevano sussistere questi due impedimenti che appunto sulla legge del divorzio poggiavano.

Pure, riguardo all' impedimento per adulterio chieder si potrebbe se possa aver luogo nel caso che il conjuge defunto abbia ottenuta la separazione personale per causa di adulterio. Certamente i Romani lo vietavano , ed il dritto canonico ne riconosce l' impedimento ne' due casi : 1.° quando l' adulterio fosse stato commesso con promessa di sposarsi dopo la morte del conjuge innocente; 2.° quando uno de'colpevoli avesse attentato alla vita del conjuge istesso. Forse molti delitti , e molte separazioni sarebbero così impediti Ma nel silenzio della legge non è lecito creare una proibizione dippiù alla solenne promessa di sposare l' adultera , quando la morte del conjuge innocente avesse sciolto il primo legame, salvo all' autorità ecclesiastica d' impedire la celebrazione del matrimonio.

Anche due altri impedimenti han giustamente adottato le nostre nuove leggi, de'quali andremo a far parola. Il primo riguarda il matrimonio tra i tutori e le minori. « È vietato (dice » l' art. 157) all' ufiziale dello Stato civile di ricevere la so- » lenne promessa tra il tutore o i figliuoli di lui , ed il mi- » nore o la minore, durante la tutela e pendente il rendimento » de' conti ». Questa salutare disposizione che richiama in osservanza il prescritto delle romane leggi (*a*) è diretta ad ovviare due gravi inconvenienti. Il primo riguarda la morale ; poichè il tutore, soprattutto quando sia spinto dall'idea lusinghiera d' impossessarsi di un ricco patrimonio, ha tutto l' agio di adoperare quei mezzi di seduzione che la sua qualità gli rende oltremodo facili, mentre la minore abbandonata alle cure di colui che aveva il dovere di custodirla, non saprebbe come evitarne le insidie ; ed intanto senza discernimento bastante ad esaminare il partito che le si presenta, potrebbe impegnarsi in un matrimonio sconsigliato, o almeno perdere l' opportunità di

(*a*) Il matrimonio fra la pupilla ed il tutore o il di lui figliuolo era vietato dalle ll. 36 e 59. ff. *de ritu nupt.* e dalla l. 6. Cod. *de interd. matrim. int. pup. et tut.* E sotto tal divieto includevansi non meno i figli che i discendenti del tutore , sì per la forza della parola *figli* , che per identità di ragione : l. 200 ff. *de verb. signif.* V. Heinnec. *coment. in lib. 23. tit. 2. pandect.* §. 172.

nozze più vantaggiose e meglio assortite. L'altro inconveniente riguarda il pericolo degl' interessi del minore o della minore; imperciocchè può avvenire che un tutore dopo aver profittato col guasto del patrimonio pupillare, prevedendo il pericolo che gli sovrasta al rendimento del conto, concepisca il pensiero di sposar la minore, o darla in isposa al proprio figlio, onde accumunare i proprj con gl' interesi di lei, e così torle finanche la speranza di essere rinfrancata de' danni cagionatile, e degl' indebiti profitti fatti sul di lei patrimonio durante il corso dell' amministrazion tutelare. Queste sagge vedute già dal roman dritto annunciate si sono fra noi seguite nel vietare simili matrimonj il più sovente insidiosi all' onore ed al ben essere de' pupilli.

Ma il rigor di quel dritto è stato avvedutamente temperato dalle espressioni *durante la tutela*, *e pendente il rendimento de' conti*; in modo che cessando in qualunque modo la tutela e rassegnati i conti della sua amministrazione, l' impedimento cessa e la solenne promessa può aver luogo (a).

Un' altra eccezione vi ha l' articolo suddetto apposta, *purchè non preceda l' approvazione del tribunale con cognizione di causa, inteso il pubblico ministero.* Quando il bene del minore lo esiga, l' impedimento scema di forza, ma la estimazione dell' utile del minore o della minore sarà esclusivamente fatta dal tribunale ai di cui lumi viene affidato il potere di approvare un tal matrimonio. E ciò, aggiunse pure l' articolo suddetto, *non deroga alla necessità del consenso del consiglio di famiglia prescritto nell' art.* 174. Qualora tali matrimonj sieno assentiti dall' avviso de' parenti radunati in consiglio di famiglia, e quando sieno altresì approvati dal tribunale con cognizione di causa, udito il pubblico ministe-

---

(a) Le citate leggi romane dispensavano dal divieto suddetto quante volte il padre nel testamento avesse insinuato siffatto matrimonio, destinando la figlia pupilla in moglie al figlio del tutore o al tutore stesso. Nelle nostre nuove leggi non è spiegata tale eccezione, la quale per altro pare che sia nello spirito della legge, poichè il paterno giudizio allontana ogni sinistro pensiere. I lodati annotatori di Toullier vedono il motivo di questa reticenza in ciò " che il nuovo dritto non ,, attribuisce tanta forza alla patria potestà, quanta le ne attribuiva la ,, giurisprudenza romana. ,, Ma gli autori del comento (l. c. pag. 296) riflettono che la legge abbia voluto rimetter tutto alla prudenza del tribunale, che fra le altre circostanze calcolerà benanche il giudizio del genitore defunto, onde discernere se la minore ritragga veramente vantaggio dalle nozze col tutore o con uno de' suoi figli. Noi conveniamo co' medesimi, tanto più che dopo la morte del genitore possono cambiarsi le circostanze le quali l' indussero a quella insinuazione, così per le qualità dello sposo, come per le di lui sostanze.

ro, sparisce ogni timore d' insidie macchinate a danno dei minori e subentra l' idea contraria, cioè di essere il matrimonio evidentemente per loro vantaggioso. Infatti ove questo corredo di solennità sia adoperato, non è possibile che alcuno non reclami se traspira qualche rea intenzione dal canto del tutore; non è possibile che tutti cospirino a danno del minore.

La legislazione francese non lasciò senza esame tal sorta di matrimonii; ma si limitò a disporre nell' art. 160 che i figli e le figlie minori di anni ventuno non potessero contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia in mancanza de' di loro ascendenti. Tra noi però si stimò insufficiente quest' unica garentia per salvare in un oggetto di tanta importanza gl' interessi de' minori. E chi non sa l' indolenza di quei che si riuniscono in un consiglio di famiglia, la poca cura ch' essi hanno e pe' proprj doveri e per gl' interessi del minore, e la deferenza che sogliono mostrare nel far cosa gradita al tutore, il quale ha tutto l' agio di predisporre gli animi a suo favore (*a*)?

L' altro nuovo impedimento scritto nelle nostre leggi è quello derivante da voto solenne, o dagli ordini sacri. Allorchè in Francia separossi il matrimonio da tutti i rapporti religiosi, questo impedimento svanì per rispetto al contratto civile. Ma nel tempo del concordato essendosi conosciuto che la pubblica opinione riprovava tali matrimonj, cominciò il governo d' allora a prendere in considerazione il divieto religioso, e sebbene non si fosse arrischiato di farne un impedimento nè proibitivo nè dirimente anche nell' ordine civile, dichiarò nondimeno che que' preti i quali contraevano matrimonio dovessero astenersi dall' esercizio delle funzioni del sagro ministero, altrimenti sarebbero esposti alle pene spirituali fulminate dalle leggi canoniche; e tale fu lo spirito del concordato allora conchiuso. In seguito con ministeriale del 14 gennajo 1806 si prescrisse che la potestà civile in qualità di protettrice de' sacri canoni poteva impedire un *ex-curato* di ammogliarsi con una sua *ex-filiana*, ancorchè non esercitasse più il ministero sacerdotale; indi per far cessare del tutto lo scandalo de' matrimoni de' preti ne fu impedita la celebrazione con un divieto comunicato con lettere circolari del Ministro de' culti de' 30 gennajo 1807 (*b*). In conseguenza una deci-

(*a*) V. gli annotatori di Toullier a questo tit. pag. 517.

(*b*) Si dichiarò con esse formalmente " che tali matrimonj sono
" generalmente riprovati dalla opinione e pericolosi per la sicurezza e
" per la tranquillità delle famiglie. Un prete cattolico avrebbe pur
" troppo de' mezzi onde sedurre, se potesse ripromettersi di conseguire
" lo scopo della sua seduzione con un matrimonio. Sotto pretesto di

sione imperiale data fuori sul rapporto del Gran Giudice nel dì suddetto prescrisse, che non si dovesse tollerare il matrimonio de' preti, i quali dopo il concordato si erano messi in comunione col loro vescovo ed avevano continuate o riprese le funzioni del loro ordine. Si abbandonarono alla propria coscienza que' preti che avevano lasciato ogni esercizio delle loro funzioni prima del concordato, e che sembravano, non ripigliandole mai più, avere quasi *abdicato* il proprio stato; essendosi creduto che i matrimonj di questi ultimi offrivano scandalo minore. Dopo quest' epoca la giurisprudenza francese cominciò a vedere un impedimento derimente delle leggi civili al matrimonio de' preti. Corte di Bordò, 20 luglio 1807 (Sirey, 9. 2. 389), Cassazione, 16 ottobre 1809 (*Ivi*. 10. 1. 60), e Torino, 30 maggio 1811 (*Ivi*, 12. 2. 241).

Tra noi anche dopo la pubblicazione del Codice francese, una circolare del Ministro di giustizia venne espressamente a vietare agli ufiziali dello Stato civile di ricevere gli atti di matrimonj di persone ecclesiastiche o da voti solenni legate, perchè figli del traviamento e di uno scorretto costume (*a*).

Oggidì coll' art. 162 delle nostre Leggi civili l' affare è stato risoluto nettamente essendosi richiamata in osservanza la dottrina ricevuta mai sempre nella chiesa latina di proibirsi questi matrimonj. *È vietato* (dice il detto art.) *per coloro che sieno legati da voti solenni o dagli ordini sacri*. Noi vedremo nella seguente sezione se questo impedimento sia dirimente.

Le Leggi civili non s' interessano degli altri impedimenti stabiliti dal dritto canonico: quello cioè detto di pubblica onestà quante volte gli sponsali fatti o il matrimonio semplicemente rato con una persona, sciolti gli uni o l' altro, si volesse sposare un parente consanguineo della sposa, o della moglie non *adhuc cognitae*, o viceversa (*b*); quello dell' affinità che si faceva nascere *ex fornicatione* (*c*); quello risul-

---

„ dirigere le coscienze, egli cercherebbe di guadagnare e corrompere i „ cuori, e di rivolgere a suo profitto particolare quella influenza che „ il suo ministero non gli dà che per lo bene della religione. „.

(*a*) Vedi gli annotatori a Toullier l. 1. pag. 563, e 564.

(*b*) Questo impedimento molto esteso dalle curie rendeva sovente difficili i matrimonj ed imbarazzava le coscienze. Quindi nel concilio di Trento fu ridotto al solo primo grado quante volte risultava da sponsali validamente contratti, e si tacque sull'impedimento risultante dal matrimonio rato e non consumato. (Sess. 24. *de reform. matr. cap*. 3).

(*c*) Tale affinità creata dal dritto canonico era benanche molto estesa prima del concilio di Trento il quale avvedutamente la limitò al primo e secondo grado (Sess. 24 *de reform. matr. cap*. 6 *et* 10).

tante dalla disparità del culto, su di cui tanto han discorso i canonisti; e quello nato dalla parentela spirituale che il tridentino ridusse. Ma se mai ad alcuno di siffatti impedimenti si desse luogo, il parroco può ricusarsi alla celebrazione del matrimonio, non ostante che siasi adempito alla solenne promessa innanzi all' ufiziale dello stato civile, mentre le stesse nostre leggi ingiungono a quegli di adempire alle canoniche prescrizioni (art. 80).

S E Z. V.

Delle nullità che privano il matrimonio degli effetti civili.

È questa la più importante materia del trattato del matrimonio, poichè è quella che ha ricevute le maggiori riforme, mercè la soppressione di sedici articoli della legislazione francese, dal 180.mo cioè sino al 196.mo A proceder con ordine e chiarezza in questo oggetto bisogna risovvenirci che ivi era considerato solo il contratto civile nel matrimonio, per cui si distinguevano le nullità assolute dalle relative, le perpetue dalle temporanee; si determinava il tempo ad agire per promuover alcune nullità, e quello in cui talvolta si prescriveva l' azione per impugnare il matrimonio; e sovente la validità, o invalidità di un atto così importante si faceva dipendere dal volere o dall' acquiescenza di un terzo il di cui consenso doveva concorrervi. Ma parve mostruoso, allorchè venne riguardato questo contratto non mai disgiunto dal sacramento, il serbare un' aperta discordanza fra le disposizioni civili e le regole ecclesiastiche ricevute.

L' oggetto dunque principale delle riforme fu di porre in perfetta armonia le une colle altre, non che di richiamare in vigore le patrie leggi su questa materia (*a*). Quindi il nostro legislatore fece dipendere l' essenza del matrimonio dalla

---

(*a*) Il re Carlo III stabilì con sovrana risoluzione degli 11 novembre 1758 " che il matrimonio di sua natura è contratto, accessoria-,, mente è sacramento: come contratto la ispezione è del magistrato ,, secolare; per la qualità sacramentale, la pertinenza è della potestà ,, ecclesiastica ,,. Applicò questo principio particolarmente alle cause di unione o disunione de' conjugi col rescritto de' 28 luglio 1759, ed alla validità degli sponsali con quello de' 18 agosto 1759. Seguì la stessa regola l' augusto di lui figlio coi rescritti de' 12 gennaro 1760, de' 18 aprile e 22 agosto 1761 e specialmente con quello de' 15 marzo 1762 ordinando che il solo giudizio della validità o nullità del matrimonio fosse dell' ispezione del giudice ecclesiastico, nelle altre cause proceder dovesse il giudice laico.

celebrazione che se ne sarebbe fatta in faccia della chiesa colle forme prescritte dal concilio di Trento, in modo tale che senza di essa niun effetto civile potesse prodursi nè riguardo ai conjugi nè riguardo a' loro figli (art. 189).

Or la validità o nullità di un matrimonio celebrato innanzi la chiesa non poteva esser esaminata che dalla sola autorità ecclesiastica competente. Era stato ciò stabilito nel Can. XII. della sess. 24 del Tridentino: *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad Judices ecclesiasticos anathema sit*; e venne confermato nell' ultimo nostro concordato de' 7 marzo 1818 di cui la legge de' 21 del detto mese ordinò l' osservanza (*a*). Quindi la discussione delle nullità divenuta esclusiva competenza del foro ecclesiastico, non occorreva che su di esse facessero più parola le leggi civili.

Ma ciò non ha tolto all' autorità secolare il dritto di conoscere sugli effetti civili che possono derivare dal matrimonio, giacchè per essere questo un sacramento non perciò ha cessato di essere un contratto, e quindi subordinato su questo aspetto alle leggi civili. Importa molto al principe capo e custode della società che i matrimonj si contraggano colle forme e co' modi che pel vantaggio de' popoli alla sua cura commessi crede di sanzionare colle sue disposizioni, la di cui violazione se non renderà più nullo ed invalido il matrimonio già contratto, lo priverà almeno degli effetti civili (*b*).

(*a*) Ecco le parole dell' art. 20 del medesimo. " Gli arcivescovi ,, ed i vescovi saranno liberi nell' esercizio del loro pastorale ministero ,, secondo i sacri canoni. Riconosceranno nel loro foro le cause ma- ,, trimoniali, che giusta il canone 12 sess. 24 del sacro concilio tri- ,, dentino spettano a' giudici ecclesiastici, e porteranno su di esse ,, sentenza. . . . . . ,, Le cause maggiori spetteranno al sommo pon- ,, tefice.

Si aggiunse nell' art. 22 " Sarà libero di appellare alla santa se- ,, de ,,. E nell' art. 23. " La comunicazione colla santa sede de' ve- ,, scovi, clero, e popolo su tutte le materie spirituali e gli oggetti ,, chiesastici, sarà pienamente libera; e per conseguenza le circolari ,, leggi e decreti del *liceat scribere* sono rivocati.

(*b*) Ecco come il nostro dotto monsignor Fimiani maestrevolmente si esprime a tal proposito. " *Adhaec cum maximam partem salus et tranquillitas reipublicae ex matrimoniis rite contractis pendeat, princeps societatis caput et custos leges ferre potest, quibus prohibeantur, vel irriti declarentur matrimoniales illi contractus, qui publicae utilitati obsunt; secus tanta is potestate non polleret, quanta ad comune reipublicae bonum requiritur. Revera diu christiani principes hac potestate usi sunt. Plures Imperatorum sanctiones de hac re prostant in codicibus Theodosiano et Justinianeo, in Basilicorum libris, et posteriorum principum legibus. Sed a multis abhinc saeculis christiani principes usum constituendi impedimenta matrimonii contractum dirimen-*

Ecco perchè nello stesso articolo 189 si soggiunge che il matrimonio non produce egualmente gli effetti civili « se sarà » celebrato in faccia della chiesa, senza che sien preceduti » gli atti necessarj che si enunciano dall' art. 68 all' art. 81. » I giudici competenti degli effetti civili sono i tribunali or- » dinarj.

Quanto dunque noi diremo sulle nullità del matrimonio non riguarda che solamente gli effetti del medesimo come contratto civile.

§. 1.

Quistioni sulle nullità in generale.

Prima però di entrar in materia ci sembra necessario risolvere due quistioni. La prima se oltre alle disposizioni contenute tra gli art. 68 e 81 ve ne siano altre nelle Leggi civili la di cui violazione produca egualmente la mancanza degli effetti civili. La seconda, se tutte e singole le disposizioni trascritte negli art. 68 ad 81 siano tali da produrre la stessa perdita degli effetti civili, senza potersi in alcun modo ovviarvi.

Facile sarà il risolvere la prima quando si distinguano le disposizioni precettive dalle proibitive, poichè queste ultime importano la pena della nullità abbenchè la medesima non vi sia formalmente espressa (*L. 7 Cod. de leg.*). Ma non sempre può dirsi lo stesso delle disposizioni precettive; ed è allora che bisogna distinguere quelle che riguardano *l' ordine pubblico* (*a*) *ed i buoni costumi* (*b*) da quelle stabilte per l'in-

---

tia non exercent: tantum civiles effectus ei denegant, si adversus leges suas initum sit . . . . . . Ob eamdem rationem solus princeps dispensare potest a conditionibus, quas legibus suis matrimonii contractui praescripsit. Tandem quidquid spectat ad civiles effectus matrimonii, utilitates, conventiones nuptiales, civilem filiorum ordinem, atque jura et successiones in bona parentum, laico judici deferendum est. Elem. jur. canon. *tom. II. lib. 2. cap. II*, §. 2.).

(*a*) *L' ordine pubblico* è la disposizione degli elementi della società civile, applicabile alle persone, a tutto ciò che loro conviensi ed alle diverse qualità che loro vengan attribuite o *isolatamente* o in corpo; quindi le leggi personali son quelle che precisamente interessano, o per dir meglio *producono l' ordine pubblico* (V. il comento alle leggi civili t. 5 pag. 37).

(*b*) *I buoni costumi* di cui la legge intende parlare son tutte quelle inclinazioni od abitudini che la generalità ha contratte e vuol protette pel mantenimento dell' ordine e de' principj fondamentali e regolatori dello stato pubblico e privato dalla nazione. Più esattamen-

teresse de' privati e che consistono in forme di mera cautela, le quali, sebbene abbiano uno stretto rapporto colle leggi personali, tuttavolta la loro violazione non attacca i principj di sistema, nè lede le condizioni essenziali del sistema istesso, e perciò non inverte nè paralizza le norme regolatrici degli *stati* pubblici e privati. Ora sono da aversi per radicalmente nulli tutti gli atti offensivi dell' ordine pubblico e de' buoni costumi anche nel caso che avessero lesi le forme di mera cautela, ma proprie e sostanziali agli stati pubblici e privati. Quindi la inefficacia dell' atto per cui una data essenziale formalità sia voluta. Dal che nasce che la mancanza degli effetti civili ne' matrimonj non preceduti dagli atti prescritti negli articoli 68 all' 81 delle nuove leggi ha molto più luogo se questi atti siano viziosi nel fondo, violandosi gl' impedimenti o meramente civili o misti ove non siasene ottenuta la espressa dispensa. Gli impedimenti civili hanno indistintamente la stessa virtù degli ostacoli dirimenti del dritto canonico, sebbene i primi lungi dal poter annullare il matrimonio solo si restringano a privarlo degli effetti civili (*a*).

Non è così facile risolvere la seconda quistione sulla quale sono ancora in contrasto non solo gli scrittori francesi nell' interpetrazione ed applicazione degli articoli del Codice contenuti nel cap. IV di questo Titolo riguardanti le domande per nullità di matrimonio, ma benanche gli stessi patrii giureconsulti che sinora han comentate le nostre nuove leggi. Gli autori de' citati comentarii apertamente sostengono l' inefficacia della solenne promessa per la violazione di qualunque delle disposizioni anche meno urgenti ne' casi importanti contenute negli art. 68 a 81. « Questa teorica, dicon essi, è sostenuta » apertamente dal citato articolo 189, la disposizione impera» tiva del quale toglie ai giudici ogni arbitrio nell'applicazio» ne, e vieta di distinguere ove di alcuna limitazione non si » volle dal legislatore far uso; ed è oggidì tanto più da se» guirsi, atteso i cambiamenti che intorno al matrimonio la » nostra legislazione ha subiti, non essendosi conservati gli » stabilimenti del Codice provisorio relativamente ai mezzi ed

---

te: sono buoni costumi quelli che vengon per tali commendati dalla comune maniera di sentire e di vedere di un popolo. Chi contraria questi usi costanti e generali implicitamente violenta *l'ordine pubblico* e le leggi che ne hanno assunto il favore (V. il cit. comento l. c. pag. 39).

(*a*) V. comentarj sulla prima parte del Codice dei signori Magliano e Carrillo tom. 1 pag. 243; ed il Corso di studio legale del sig. Apruzzese tom. II. pag. 39 e 40. Ciò non ostante noi vedremo che questa regola soffre parecchie eccezioni.

» alle cause da impugnare la validità delle contratte nozze. » (loc. cit. pagina 244).

Dello stesso sentimento è il rispettabile professore sig. Apruzzese nel suo Corso di studio legale tom. 2. p. 41 e seguenti. Poggiato sull' assioma *quod fit contra leges habetur pro infecto*, egli sostiene che « si avrà come non fatta la solenne » promessa del matrimonio quando non sia accompagnata da » que' solenni che la devono precedere ed accompagnare, senza » potersi ricorrere alle leggi proibitive, affermative, perfette » o imperfette del roman dritto per applicarsi in tutta la sua » estensione l' articolo 189 » (*a*).

Al contrario sembra strano ed assurdo agli annotatori di Toullier immaginare che tra noi essendo alcune formalità di minore importanza di quel che lo sono in Francia, riducendosi a meri preliminari, si voglia rincarire dippiù adottando la sentenza rigorosa di ammettere una nullità che il legislatore non ebbe mai coraggio di pronunziare, e che i tribunali (francesi) non hanno ravvisato confacente nè alla lettera nè allo spirito delle disposizioni del Codice. « Che se potrebbe il dub» bio sembrar ragionevole ne' termini del Codice suddetto, se» condo cui il matrimonio era compiuto e perfetto innanzi all' » ufiziale civile, sarebbe del tutto intollerabile spinger tant' » oltre la severità de' principj presso di noi dopo la pubblica» zione delle nuove leggi civili. Infatti è risaputo che oggidì » l' atto che si celebra innanzi all' ufiziale civile non contiene » che una semplice promessa *de futuro* la quale se non sia » seguita dall' atto solenne del matrimonio (*b*) *coram parocho* » *et in faciem ecclesiae* rimane inutile e di niun effetto. Quindi » par che senta della soverchieria e di uno smodato rigoris» mo, che per un difetto di mera formalità si abbia a di» chiarar nullo in quanto agli effetti civili il matrimonio, il » che vuol dire dichiarare illegittimi i figli, ed inabili a suc-

---

(*a*) Egli però ammette che alcune ommissioni possono supplirsi, e che quest' articolo debb' essere interpretato ristrettivamente onde non estendersi dal caso espresso a quello non espresso.

(*b*) Ma appunto per questo insistono gli autori de' comentarj nel diverso parere. Se sotto l' impero del Codice francese potevasi distinguere fra impedimenti civili assoluti, ed impedimenti relativi, a fine di lasciar libera alle parti la facoltà di rescindere o far sussistere un contratto già seguito, presentemente, dicon essi, che non si tratta se non di una semplice promessa *reiterabile*, elusorj diverrebbero i precetti legislativi, ed impunemente trasandati ove non fossero con severità mantenuti, poichè le parti sicure dell' impunità, e l'ufiziale pubblico, specialmente in que' casi in cui non vedesi a lui comminata alcuna pena, facilmente s' indurrebbero a violarli.

» cedere. Se dunque in Francia si è creduto essere una esor-
» bitanza dichiarar nulli i matrimonj per tali difetti di for-
» malità, con quale coraggio si potrebbe ciò sostenere fra
» noi che riconosciamo l' atto innanzi all' ufiziale civile: come
» una nuda promessa *de futuro* che poco o nulla monta se
» non è susseguita dall' atto solenne *in faciem ecclesiae*? Egli
» è vero che nell' art. 189 delle nostre Leggi civili son dichia-
» rati privi degli effetti civili que' matrimonj celebrati in fac-
» cia della chiesa, senza che sian preceduti gli atti necessarj
» che si enunciano dall' art. 68 all' art. 81. Ma è vero altresì
» che quivi non è spiegato quali sieno *tali atti necessarj* e
» quindi torna sempre bene l' esame della quistione da noi
» poc' anzi proposta. Per lo che sembra più umano e più
» plausibile, al pari che è stato deciso in Francia, doversi
» abbandonare alla prudenza de' tribunali il distinguere quali
» sieno le formalità essenziali e necessarie; ed in quali casi
» escludono quella pubblicità che la legge richiede per la va-
» lidità del matrimonio, e perchè produca gli effetti civili ».

Per quanto grande sia il rispetto che professiamo ai due esimj magistrati che cominciarono ad annotare il Toullier, ed anche a pericolo di passar noi pure per *soverchio rigoristi*, non possiamo sottoscriverci al di loro avviso. Rincresce anche a noi di vedere che la mancanza di qualunque siasi formalità produr debba quella degli effetti civili sino a che dal Legislatore non sia prescritta la norma come supplire ai difetti della solenne promessa (*a*). Ma il rigorismo che sosteniamo non è nostro, è della legge: *Durum sed ita scriptum*. Gli argomenti desunti dalle leggi, dagli scrittori della giurisprudenza francese non han che fare nel nostro sistema totalmente diverso sulla materia delle nullità. La distinzione di atti necessarii o non necessarj non ha alcun fondamento, ed essi più volte ci han ripetuto di non potersi distinguere dove la legge non distingue, senz' incorrere nel pericolo di *rincarire su di essa*. Ma le espressioni adoperate nell' articolo tolgono qualunque dubbio, poichè si dice gli *atti necessarj che si enunciano*

(*a*) Gli autori de' *comentarii* propongono l' espediente del reiterarsi l' atto, come vedemmo nella sez. 1 di queste osservazioni. Ma il sig. Apruzzese dopo di aver domandato quale espediente si debba prendere acciò la congiunzione divenga legittima, risponde ne' seguenti termini. " Bisogna supplire alle mancanze dalle quali nacque, che il ,, matrimonio non producesse de' dritti civili. Non riesce però facile ,, l' assegnare una certa regola, coll' opera della quale si potesse ve- ,, nire in cognizione del modo come supplire. Ma secondo le diverse ,, ommissioni, variamente si devono trovare de' mezzi a poterlo ren- ,, dere legale ,, (l. cit. pag. 51).

dall' art. 68 *all' art.* 81. È dunque spiegato quali siano gli atti necessarj, quelli cioè che ivi si enunciano; e certamente non li avrebbe il legislatore enunciati se creduti non li avesse necessarj. Ma per togliere anche questo pretesto, nell' art. 67 egli dice « che gli atti dello Stato civile sono *essenzialmente* » necessarj . . . . . perchè il matrimonio produca gli effetti » civili ». E quindi soggiunge : » Gli atti dello Stato civile « detti di sopra sono indicati ne' seguenti articoli ». Ecco più del bisogno spiegato di quali atti essenzialmente necessarii intende parlare l' art. 189. Molto più ci dispiace che questo sentimento siasi emesso sull' articolo della *pubblicità* e *sollennità* necessaria ne' matrimonii che noi crediamo della massima importanza, e di cui faremo l' esame allorchè parleremo delle nullità derivanti da questa mancanza. Finalmente osserviamo che troppo spesso piace ai lodati autori abbandonare la decisione di quistioni importanti alla prudenza de' tribunali, il che potrebbe gradatamente ricondurci all' arbitrio giudiziario. Avremmo piuttosto desiderato dai di loro sommi e conosciuti talenti che avessero indicato al legislatore quali credono essere le formalità meno essenziali e necessarie ne' matrimonii, o per dir meglio nel riceversi la solenne promessa, e quali quelle cui si potesse supplire dal magistrato, in vece di lasciar al medesimo la cura di stabilire anche le formalità essenziali, e dargli un potere legislativo in una materia che non meno interessa il privato che il pubblico bene.

Premesso tutto ciò passiamo a trattare delle nullità che producono la mancanza degli effetti civili nel matrimonio.

§. 2.°

Nullità civile come conseguenza della nullità ecclesiastica. Eccezione circa la buona fede.

Dicemmo che appartiene all' autorità ecclesiastica dichiarar nullo un matrimonio. Tutti quelli dunque che saranno da essa dichiarati nulli non produrranno effetti civili, abbenchè sieno stati preceduti dalla solenne promessa fatta nelle forme volute dalla legge; e benchè l' impedimento dirimente pel quale sieno stati disciolti, non venga riconosciuto dalle Leggi civili; non potendo la unione continuare tosto ch' è riprovata dalla chiesa come giudice del sacramento (cit. art. 189). Questa è una chiara conseguenza del principio stabilito di non riconoscersi tra noi altro matrimonio che il sacramentale, annullato il quale, non vi è più matrimonio, e quindi non più effetti civili risultanti dal medesimo.

Una sola eccezione stabiliscono le nostre leggi a questo principio, ed è il caso della buona fede. Si dichiara perciò nell' art. 191 che « il matrimonio dichiarato nullo dall' auto» rità ecclesiastica può produrre ciò non ostante gli effetti ci» vili riguardo ai figli, allora quando sia stato contratto in » buona fede » ; e nel seguente art. 192 si aggiunge: « se non » vi sia la buona fede che per parte di uno de' conjugi, il » matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore » del medesimo conjuge e de' figli nati dal matrimonio ». Questo matrimonio chiamato da' dottori *putativo* (*a*) produce egualmente gli stessi effetti nella legislazione francese, ancorchè si fosse dichiarato nullo il matrimonio (art. 201, 202).

Ma tre condizioni per ciò sono necessarie, come da par suo riflette il TOULLIER a questo Titolo (art. IV. sez. 3): buona fede, solennità dell' atto, errore scusabile.

La prima dipende da circostanze interamente personali ai due conjugi o a quello tra essi che allega la buona fede. Se fosse provato che conobbe l' impedimento al matrimonio che volea contrarre o nel quale ha proseguito a vivere, indegno diverrebbe del favore che la legge accorda alla sola buona fede (*b*).

La solennità del matrimonio è la seconda condizione. Non si è in buona fede all' occhio della legge, se non quando venne pubblicamente eseguito ciò ch' ella prescrive per farsi un atto legittimo. E qui ben a proposito la legge ultima *ff. de rit. nupt.*, ove si stabilisce il principio, che come l' atto clandestino fa presumere il dolo e la reità, così la pubblicità fa presumere la buona fede e la innocenza. E anche una conseguenza di ciò, che gli effetti della buona fede non si estenderebbero ai figli nati da una coabitazione anteriore al matrimonio putativo, come chiaramente spiega la legge colle parole di *figli nati dal matrimonio*, e come con tanta dottrina comenta il nostro autore nelle note 116 e seguenti (*c*).

E d' uopo infine che l' errore de' due conjugi o di quello

(*a*) Chiara e precisa è la definizione di ERZIO nel suo trattato *de matrim. putat. Matrimonium putativum est quod solemniter et bona fide, saltem opinione justa unius conjugis contractum inter personas jungi vetitas consistit.*

(*b*) Quindi se posteriormente al matrimonio i conjugi o uno di essi acquistarono la certa cognizione di un legale impedimento, debbono separarsi, o farlo, ove sia possibile, cessare.

(*c*) La legge, dice d' AGUESSEAU, premia la innocenza tal quale trovasi in colui che in buona fede e per error di fatto contrae un matrimonio vietato, ma non può dirsi che la legge premii una persona che ha voluto operar male; perchè ha creduto di far un male minore.

che allega la buona fede sia scusabile, cioè error tale che renda possibile l'ingannarsi, e che dalla legge si tolleri la causa dell' errore. Se i conjugi non avessero usate tutte le misure dalla legge additate onde rendersi istrutti degl' impedimenti che opporsi poteano alla di loro unione, più non si potrebb' allegar la buona fede, poichè questa più non sarebbe presunta.

A queste tre condizioni che desumonsi dai citati articoli, le nostre leggi hanno aggiunta una quarta, la quale veramente non è che la spiega della terza condizione. Esse dicono nel » cit. art. 191: Non vi è buona fede quando il matrimonio » non sia stato celebrato innanzi a persona ecclesiastica, che » le due parti o almeno una di esse crederà essere il proprio » paroco o dal paroco autorizzata ». Se tra noi non esiste altro matrimonio che quello celebrato col rito cattolico, e se tal precetto è così comune che non vi può esser chi l' ignori, la mancanza del sacerdote che si creda o il parroco o dal medesimo autorizzato, non solo toglie la buona fede, ma rende nullo l' atto che si è creduto di faro come matrimonio.

Si è pure in detto articolo soggiunto che « i tribunali ci- » vili saranno i giudici competenti della buona fede »: e qui si avverta che non si credè soddisfatto il legislatore nel prescrivere generalmente la competenza de'tribunali ordinarj a giudicare degli effetti civili già sanzionata nell' art. 189; ma ha voluto particolarmente spiegarla nel caso della buona fede sul quale potevano rinnovarsi le dispute altra volta sorte su quest' oggetto tra il foro ecclesiastico e il secolare; dispute che dettero luogo al reale rescritto de' 27 aprile 1771, col quale si ordinò che le cause di matrimonio simulato fossero di cognizione del giudice laico.

La legge non ha indicato se l' errore scusabile abbia ad esser di dritto o di fatto, ma il principio generale di ogni legislazione stabilisce sempre che l' ignoranza del dritto non iscusa giammai (*a*).

(*a*) I comentatori di Toullier nella nota 2 al numero 602, 1.ª ed., ci dicono che onde ci sia buona fede basta che gli sposi siano stati in errore, ancorchè siensi ingannati per errore di dritto, e recano l' esempio di un villano " il quale *ob suam rusticitatem*, ignori che ad ,, una parente di quarto grado canonico, ovvero di ottavo civile sia ,, vietato di contrar matrimonio con lui, ed in tal ignoranza, *tutto* ,, *che di dritto*, la sposi; si potrà avere il coraggio di escluderlo da- ,, gli effetti della buona fede? Ma non potrebbe meritare ascolto, ,, quando pretendesse giovarsi della buona fede allegando ignoranza di ,, dritto, ove avesse sposata una zia o una sorella. Così decise ancora la ,, Corte di appello di Parigi nell' anno 13 ,,. Senza entrare a discutere il principio, basta l' osservare che l' addotto esempio non è al

La nullità di cui sinora abbiamo parlato è la sola di cui fan menzione le nostre Leggi nel cap. IV dove delle domande imprendono a trattare dirette ad impugnare il contratto di matrimonio quanto agli effetti civili. Ma essa non è la sola. Tutte le violazioni degli art. 68 a 81, producono come vedemmo lo stesso effetto, e lo producono pure necessariamente tutte quelle che riguardano i matrimonj vietati. Noi le analizzeremo una ad una, tenendo lo stess' ordine serbato allorchè degl'impedimenti abbiam fatto parola.

§. 3.°

Nullità per mancanza dell' età competente.

La mancanza dell' età prescritta dalla legge rende nullo il matrimonio per gli effetti civili, così perchè l' età impubere impedisce il fine del matrimonio (*a*), come perchè questa condizione non solo è prescritta in termini proibitivi, *non possono contrarre matrimonio*, ma è annoverata tra gli articoli 68 ad 81, ordinandosi nell' art. 72 che l' *ufiziale dello stato civile si farà dare l' atto di nascita di ciascuno de' futuri sposi*. Or se questi non si è fatto dare un tal atto, o se, avutolo, l' età degli sposi si trovasse minore di quella voluta dalla legge, la solenne promessa mancherebbe di una qualità essenziale, e quindi non produrrebbe gli effetti civili. Si può anche dire che questa violazione offenderebbe l' ordine pubblico ed i buoni costumi, poichè la legge ha determinata l' età dalla quale reputa cominciata la pubertà per impedire agl'individui di distruggere la loro salute con premature unioni.

La legislazione francese stabilisce due casi ne' quali tal nullità non sia ammessibile: il primo se la donna non ancor giunta all'età richiesta avesse concepito prima dell'epoca stabilita per reclamare; l'altro quando sieno scorsi sei mesi da che lo sposo o gli sposi che non avevano l'età necessaria fossero giunti all' età competente (artic. 185). Ciò è stato tolto perchè riguardava la nullità del matrimonio; ma la ragione è la stessa se si tratta degli effetti civili. Quando la prova della pubertà esiste col concepimen-

---

proposito, essendosi ridotti da tutte e due le legislazioni gl' impedimenti del matrimonio per parentela in linea collaterale a que' gradi che il più rozzo villano conosce come vietati.

(*a*) Anche la chiesa cattolica seguì sulle prime per l'età la regola del roman dritto: le piacque poi di stabilir il canone che rendeva capaci di contrarre matrimonj tutti coloro che avevano *vim gignendi*, *cap. 9. cap. 14. Ext. de spons. puber.*

to, si distrugge la presunzione dell'impubertà stabilita dalla legge. Quando le parti prestano un nuovo tacito consenso al matrimonio in un tempo in cui son divenuti capaci di contrarlo, non vi è più luogo ad impugnarlo (*a*).

§. 4.°

Nullità per mancanza di consenso delle parti in seguito di errore, impotenza, o timore.

La mancanza del consenso de' contraenti nulla rende del pari la solenne promessa. Anzi più che nullità, v' è inesistenza di matrimonio: *non vi è matrimonio quando non vi è consenso*. Tal disposizione è ancora in termini proibitivi, ed è compresa nell' art. 77. « Riceverà da ciascuno delle parti la » dichiarazione ec·

Ma questa dichiarazione debb' essere liberamente fatta, altrimenti non vi è consenso. Nello stato di demenza non vi può esser consenso. Essa è pure preveduta come impedimento al matrimonio nell' articolo 183. Quindi ove preceda la solenne promessa, la rende nulla. Diversamente se sopravviene. E questo è anche il sentimento della chiesa spiegato da Niccolò V. nei can. 25 e 32, quest. 7.

L' errore nella persona del futuro conjuge toglie pure il consenso, come di sopra vedemmo, e ne conviene il dritto canonico, *can. un. c.* 21. *quest.* 1. Ma entra ella fra le cause di errore l' impotenza preesistente al matrimonio, in modo che dir si possa di aver errato nella persona del futuro sposo che tale non può essere per la sua fisica impotenza (*b*)? La

---

(*a*) Tal era pure il prescritto della romana legislazione nella l. 4 *de rit. nupt.*, e tal è pure la disposizione del dritto canonico *cap. II. attestationes ext. de desponsatione impuberum* —. Il matrimonio contratto prima dell' età fissata dalla legge ed impugnato a tempo anche dal ministero pubblico non può più esser dichiarato nullo, disse la nostra Corte degli Abruzzi nel 31 luglio 1811, quando la dichiarazione di siffatta nullità non siasi dai tribunali pronunziata prima di scorrere i sei mesi. Catalani, 2. 19. Lo stesso decise la Cassazione Francese nel 4 novembre 1822. Sirey, 23. 1. 219.

(*b*) Il signor Apruzzese nel suo Corso di studio legale tom. 1. p. 283 ci fa sapere, che allora quando la commissione legislativa si occupò della formazione del nostro Codice credè a proposito nell'articolo 154, e dopo di avere spiegato il caso nel quale l' errore non faceva sciogliere il matrimonio, soggiungere le seguenti parole: *Nondimeno l' impotenza perpetua di uno de' conjugi a compiere i doveri del matrimonio, quando sia stata preesistente al contratto, prova la man-*

legislazione francese non solo tace su questo motivo di nullità ma quasi tutti quei che l' hanno illustrata sostengono, che l' ammettere un tal motivo sia contrario allo spirito della medesima (*a*). Un arresto de' 7 marzo 1811 della Corte di Genova stabilì che l' impotenza naturale non essendo annoverata nel Codice tra le cause di nullità del matrimonio, non poteva autorizzarne l' annullamento, e che l' errore non è causa di nullità quando non versa che sulle qualità della persona. (Sirey, tom. XI. 2 part. 193 e seg.). È vero che la Corte di Treveri dopo d' avere con una sua prima decisione de' 27 gennajo 1808 ordinato la perizia su di una donna che si sosteneva mal conformata per l' uso conjugale dal marito che avea coabitato seco lei per 18 mesi, con definitivo arresto del primo luglio seguente, atteso che risultava dal giudizio de' periti che lo stato fisico e la conformazione di quella donna si opponeva al fine naturale e legale del matrimonio, che questo impedimento esisteva prima delle nozze, e che non era possibile di apporvi riparo, dichiarò nullo *di pieno dritto* il matrimonio contratto tralle parti. Ma Toullier (l. cit. num. 525 e 526, 3. ed.) che riporta questa decisione fortemente la impugna e sostiene tal giurisprudenza inammessibile (*b*).

---

canza del consenso. Ma nella discussione ch' ebbe luogo tanto nella Cancelleria che nel Consiglio di stato, non si volle far restare nell'articolo questa seconda parte; dacchè la cognizione sullo scioglimento del matrimonio a norma del concordato ultimo è di dritto privato delle curie ecclesiastiche, e non già de' tribunali civili, per cui venne tolta, e si volle mantenere quello stesso silenzio che si vede serbato nell' abolito Codice francese.

(*a*) Meno che il nostro autore, il quale nella nota 233 a questo Titolo sostiene in punto di dritto l' opinione della Corte di Treveri della quale andiamo a far menzione; salvo ai tribunali a stabilire secondo la natura e la pertinenza de' fatti allegati, ed in tutti i casi a non ammettere tali domande che colla più gran circospezione.

(*b*) Questo meritissimo giureconsulto non contento di aver disapprovato nella sua prima edizione la citata decisione de' 27 gennajo, come contraria allo spirito del Codice, il quale volle evitare gli abusi e gli scandali a quali dava luogo la difficoltà di verificare la realità di tale impedimento di cui non esistesse altra pruova che la debolezza degli organi, o vizj naturali di conformazione, cui gli uomini dell' arte potrebbero sopra congetture sovente smentite da fatti attribuire la sterilità delle nozze, nella terza edizione aggiunge questi altri argomenti:

,, Se la moglie, come doveva, si fosse ricusata a farsi osservare, che avrebbe potuto fare la Corte di Treveri? Avrebbe ella potuto conchiudere che questo rifiuto conteneva un' accettazione tacita dell' inabilità della donna, che questa inabilità fosse stata anteriore al matrimonio, dopo che il marito era vissuto con lei per 18 mesi? Una si-

Il Codice francese non parla che dell'impotenza accidentale e manifesta, come causa di non riconoscere il figlio, nell' art. 312 che noi abbiamo adottato nell' art. 234; e qui conviene lo stesso Toullier, che se un eunuco avesse l'impudenza di contrarre matrimonio occultando il proprio stato alla sposa, sarebbe questa ammessa a far dichiarare nullo il suo legame, anche perchè vi sarebbe in questo caso ed errore in una qualità che renderebbe la persona inabile a contrar matrimonio, e dolo dalla parte del marito che non potrebbe prevalersi di un consenso ottenuto per inganno.

Gli egregi suoi annotatori si oppongono a quel ch' ei dice » sull' impotenza naturale. « Due sono, dicon essi, i grandi » argomenti per escludere questa nullità: 1.° Pruova sempre » equivoca ed incerta; 2.° Mezzi di pruova scandalosa ed in» decenti . . . Ma cotesti argomenti non pajono da tanto, on» de rigettare assolutamente una domanda di tanta importanza. » Piuttosto debbono impegnare i giudici ad usare la massima » scrupolosità ed esattezza, onde accertarsi della pruova dei » fatti, ed a non avventurare i proprj giudizj senza fonda» menti solidi e plausibili e nel tempo stesso a mettere nell' » affare quella decenza nel procurarsi le pruove che l' affare » stesso comporta.

---

mile conseguenza offendeva egualmente le regole della logica e della sua morale ,,.

,, Essa avrebbe offesi benanche i principj ricevuti in giurisprudenza, e condurrebbe a ristabilire il divorzio per mutuo consenso. Supponiamo che un marito ed una moglie l' un dell'altro disgustati desiderassero di sciogliere i loro rispettivi legami. Lo potrebbero essi col mezzo di una procedura collusoria? Il marito fa la sua domanda di nullità del matrimonio sul pretesto che la conformazione di sua moglie la rende inabile ad adempire il *fine naturale e legale del matrimonio*, e che sia riconosciuta. La moglie per prevenire la ricognizione conviene nell'esposto del marito. Si potrebbe sopra questa volontaria assertiva pronunciare la nullità del matrimonio? No certamente. Una tale giurisprudenza tenderebbe a ristabilire indirettamente il divorzio per consenso reciproco ,,.

,, Ebbene, se in luogo di riconoscere i fatti, la moglie si rende contumace, e si rifiuta all' ispezione, la pretesa tacita riconoscenza che si vorrebbe indurre dal suo rifiuto potrebb'ella avere più di forza della riconoscenza espressa dell' esattezza de' fatti allegati? ,,

,, Non si potrebbe dunque ammettere la giurisprudenza della Corte di Treveri ,,.

Questa è l' unica forte ragione che legittima il silenzio del Codice francese su questo mezzo di nullità. Ma perchè non costringersi la donna ad essere riconosciuta? Contro sua voglia si riconosce e si visita ne' casi di stupro, di aborto, d' infanticidio e simili, nè perciò è offesa la decenza. Se essa ne fa la domanda, svanisce ogni dubbio; se si rifiuta, si presume colpevole, e può esservi costretta.

» Circa il valore di tali pruove, il giudice è sempre
» tranquillo quando egli adopera i mezzi richiesti dalla legge,
» e fonda il suo giudizio sul sentimento di persone che han
» meritato la pubblica fiducia. Le pruove richieste dal dritto
» canonico, le indagini, i giuramenti, le visite, le ispezioni
» oculari, quando cospirano insieme a giustificare il fatto del-
» l' impotenza, lungi dal meritare disprezzo, pajono anzi
» saggiamente immaginate. È tutto il meglio che si poteva pen-
» sare per ottenere quel grado di maggiore probabilità, che
» un affare così oscuro comportava. Perchè mai a vista di
» tali pruove si deve incontrar difficoltà a farne la dichiara-
» zione, sol perchè sia pur tra' possibili che possono tali pruo-
» ve alcune volte esser fallaci? Gli uomini devono giudicare
» adoperando mezzi umani, cioè soggetti all' errore, e se-
» condo quello che *plerumque fieri solet*. Gli avvenimenti
» rari e straordinarj non devono entrare a calcolo. Bisogna
» convenire che il corredo delle pruove indicate dai canoni per
» dimostrare l' impotenza, rare volte non conduce al vero.
» Esso tende ad allontanare l' errore e la collusione, ed a
» far costare nel miglior modo possibile la verità (*a*). »

Conchiudono essi che secondo le nostre Leggi civili l' af-
fare sembra ammettere minor dubbiezza. In virtù dell' art. 189
le cause matrimoniali, ossia di nullità o validità di matrimo-
nio sono della competenza dell' autorità chiesastica . . . . Ciò
posto non incontrando ostacolo quest' autorità ad accogliere
la domanda per lo scioglimento *ex causa impotentiae*, non
ci sarebbe ragione di ostinarsi a far sussistere il vincolo civile
quoad effectus civiles, quando non vi è legge positiva che
ciò determini, e sarebbe strano immaginare che questa legge
vi sia.

(*a*) Lo scioglimento del matrimonio per causa d' impotenza fu ammesso da Giustiniano nella l. 36 Cod. *de repud.* Ma nella chiesa latina per molto tempo non si ammise, sino a che nel XII secolo si vide la necessità di recedere da tanto rigore di disciplina quante volte l' impotenza fosse antecedente e perpetua, secondo che si rileva da varie decretali di Celestino III, d' Innocenzio III, e di Onorio III (*cap.* 4, 5, 6, 7 *de frig. et malef.* Quindi furono frequenti gli esempi di tali scioglimenti, e le curie ecclesiastiche eran sovente occupate in giudicare simili controversie. Benedetto XIV Pontefice impareggiabile per dottrina, prudenza e saviezza, volendo correggere varj abusi che si erano introdotti in tali giudizj diede fuori a questo oggetto la celebre bolla che comincia *Dei miseratione* colla quale sapientemente provvide ad ogni inconveniente. V. Fimiani *elem. jur. canon.* lib. II. cap. XII, ed il dotto trattato *de la dissolution du mariage pour cause d' impuissance*, stampato in Lussemburgo nel 1735. Così gli annotatori sud. l. c.

Ma non istà qui la difficoltà. Ove il matrimonio sia dichiarato nullo dall' autorità ecclesiastica per qualunque siasi motivo, ciò solo basta per impedire gli effetti civili, salvo il caso della buona fede. La quistione è, se dovendo i tribunali conoscere degli effetti civili del matrimonio, il motivo dell' impotenza naturale precedente e perpetua entri nel caso della mancanza di consenso per errore sulla persona; come quella che per impotenza o cattiva conformazione non poteva essere marito o moglie dell' altro conjuge, che se ne fosse stato consapevole mai non avrebbe promesso nè solennizzato il matrimonio; rimanendo sempre il vincolo sacramentale da non poter essere sciolto che dall' autorità ecclesiastica.

Una tal quistione dalla quale dipendono i dritti dotali, le donazioni per causa di nozze, le convenzioni matrimoniali le sopravvivenze e tutti gli altri dritti e doveri de' conjugi merita una risoluzione, e noi non possiamo che provocarla ed attenderla dalla saviezza de' magistrati. Essi però nel sentenziare si rammenteranno delle disposizioni del nostro monarca emanate a' 28 novembre 1776, colle quali si prescrisse che per le cause di furore, o *d' impotenza a generare*, proceder dovesse il giudice laico, disposizioni cui non si oppongono per nulla nè il concordato nè le Leggi civili, quando salva rimane la causa matrimoniale, *quoad vinculum sacramenti*.

Niun dubbio sulla mancanza di consenso nei casi di violenza di cui a lungo ragionammo nell' antecedente sezione; e quindi sulla nullità della solenne promessa violentata. Lo stesso dritto canonico riconosce siffatto impedimento come dirimente, ma con queste giudiziose condizioni: 1.° Se il timore sia da estrinseca cagione prodotto; 2.° Se ingiustamente incusso; 3.° Se abbia avuto il matrimonio per oggetto (*a*). Esso anzi fulmina l' anatema da incorrersi *ipso facto* contro qualunque principe o magistrato che in qualunque modo direttamente o indirettamente costringesse i sudditi proprj o chiunque altro, *quo minus libere matrimonia contrahant.* (Conc. Trid. Sess. 24 cap. IX, *de reform. matr.*).

La nullità risultante dalla mancanza del consenso de' due conjugi o di uno di essi, non può esser prodotta che dagli sposi o da quello fra essi il cui consenso non è stato libero. Nè tal domanda è più ammessibile quando siavi stata coabitazione continua per sei mesi dopo che lo sposo acquistò la sua piena libertà, ovvero dopo che riconobbe l' errore. Così disponevano gli art. 180 e 181 dell' abolito Codice. Questi sono stati soppressi perchè riguardavano il matrimonio. Ma ove

(*a*) V. Juenin comm. de sacram. diss. X. quest VII. cap. 7.

s' impugnasse la solenne promessa, come inesistente per la mancanza del libero consenso de' contraenti, e per riguardo solo agli effetti civili, queste regole non potrebbero trasandarsi dai tribunali. Mentre continua l' errore o la violenza, il vizio della mancanza di consenso non può venir cancellato; ma se l' uno o l' altra cessarono, perchè non potrebbe ratificarsi questa promessa o espressamente o tacitamente!

§. 5.

Nullità per mancanza di consenso de' maggiori.

La mancanza del consenso di coloro sotto la cui potestà trovansi i contraenti produce la nullità della solenne promessa, e toglie gli effetti civili al matrimonio. È proibitiva la disposizione che tal consenso richiede. *Non possono* contrar matrimonio senza il consenso del padre e della madre, dice l' art 163: ed al padre subentrano l' avo paterno e la madre, soggiunge l' art. 164; e *non possono*, ripete l' art. 174, i figli e le figlie minori di anni ventuno in mancanza degli ascendenti contrar matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia.

Tal proibizione è pure compresa nell' art. 75 ordinandosi all' ufiziale civile di richieder prima *l' atto autentico del consenso de' padri, delle madri, dell' avo paterno, o in mancanza loro del consiglio di famiglia.*

E finalmente questa disposizione si attiene saldamente all' ordine pubblico ed ai buoni costumi, o che si riguardi l' interesse de' figli, o la venerazione dovuta ai maggiori.

Questa nullità, dice Toullier, è dritto comune in Europa (*a*). E il fu prima del XII secolo anche per la chiesa; che se dopo non l' annoverò tra gl' impedimenti dirimenti del matrimonio, pure dichiarò il tridentino concilio che i matrimonj dei figli di famiglia senza il paterno consenso, *sancta dei ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit.*

Questo consenso è necessario quando il padre sia godente

(*a*) Le patrie leggi l' aveano anche precedentemente sanzionato. Permise la pramm. l. *de matrim. a fil. fam. contrah.* potersi diseredare i figli maschi, e negar la dote alle femmine che contratto avessero matrimonio senza il paterno consenso, o di quelli ch'esercitano il dritto della patria potestà, anche emancipati, come spiegò la prammatica de' 10 aprile 1771, ancorchè militari secondo quella de' 13 luglio detto anno, e quand'anche rinunziassero alla successione paterna, giusta l'altra del 1 febbrajo 1772.

l' esercizio de' dritti civili, è presente. S'egli è condannato all' ergastolo (*a*), vale a dire privo della vita civile non vi è bisogno del suo consenso pe' figli maggiori, e pe' minori dee aver luogo il consenso del consiglio di famiglia. Sarà lo stesso per le altre interdizioni de' dritti civili a quali può il padre esser condannato? Noi credevamo che no, mentre la morte civile non ha luogo che nella sola pena dell'ergastolo, e nelle altre interdizioni non si perdono i rapporti che la legge ha posti tra il padre e 'l figlio (*b*). Ciò non ostante abbiam rilevato nelle *Illustrazioni sugli atti dello stato civile* qui pubblicate nel 1819, che non vi sia bisogno di questo consenso neppure nei casi in cui gli ascendenti che dovrebbero prestarlo sieno condannati a pene importanti l'*interdizione patrimoniale* o l' interdizione a tempo di essere tutore e curatore, con sentenza passata in giudicato; mentre allora pei figli minori avrà luogo il consenso del consiglio di famiglia, e niun consenso o consiglio per i figli maggiori: coll' obbligo, in tutti i casi di queste interdizioni, di presentare all'ufiziale dello Stato civile un estratto legale della sentenza che ha condannato i genitori, ed un certificato del cancelliere della Gran Corte criminale che attesti il giorno dell' esecuzione o della pubblicazione della sentenza. I benemeriti autori, di quest' opera citano in appoggio la ministeriale del Ministro di grazia e giustizia del 24 febbrajo 1813 al regio procuratore del tribunale di Trani. Non abbiam che rispondere a tanta autorità.

Neppure ha luogo il consenso de' genitori se sono essi assenti, vale a dire se non si conosca la loro residenza e non si hanno loro nuove. Ma se, pe' figli minori, costando il consenso del consiglio di famiglia, la pruova dell' assenza è contenuta nell' atto stesso, pe' figli maggiori vi è bisogno l' esibizione di questa pruova all' ufiziale dello Stato civile secondo

(*a*) Con decisione resa in contraddizione coll' accusato, ed eseguita, mentre se lo fosse stato in contumacia, non resta privato de' dritti civili che dopo cinque anni successivi dalla pubblicazione della condanna (art. 29 e 30 *LL. civ.*)

(*b*) In Francia perdendosi l' esercizio de' dritti civili nelle pene de' ferri e della reclusione in modo che durante la pena il condannato dee considerarsi in istato *d'interdizione legale*, ha luogo in questo caso pure l' impossibilità del padre a manifestare la sua volontà, come disse il nostro Autore nella nota 8. Ma tra noi queste pene non portano che l' interdizione patrimoniale, oltre quella perpetua de' pubblici uffizii, e 'l non poter impiegarsi il condannato nè come perito nè come testimonio.

le regole stabilite uniformemente nella legislazione francese e nostra art. 155 + 169.

Ma potrà sussistere questa nullità nel caso che il matrimonio fosse stato approvato espressamente o tacitamente da quelli il di cui consenso era necessario? Nella legislazione francese è risoluto negativamente questo caso nell' art. 183, al pari soppresso nelle nostre leggi, e per lo stesso motivo. Ma la ragione di esso esiste chiaramente, nè si potrebbe annullare la solenne promessa fatta senza il precedente consenso, quando sia questo seguito prima di opporsene la mancanza.

Gli atti rispettosi de' quali abbiamo parlato verso gli ascendenti son pure atti necessarj de' quali fa menzione la nostra legge negli art. 166, 167, 168, 169, 170, e 171. Ma essi non sono prescritti in termini proibitivi, nè fanno parte degli art. 68 all' 81 alla di cui violazione va annesso il vizio che priva il matrimonio degli effetti civili (*a*).

§. 6.

Nullità per esistenza di altro matrimonio.

Il vincolo di altro matrimonio tuttora esistente basta ad annullare il matrimonio sacramentale, nè viene da alcuna dispensa giovato, essendo la poligamia simultanea proibizione di dritto divino; ed il concilio di Trento nel canone II fulminò l' anatema non solo a chi sostenesse lecito l' aver più mogli insieme, ma a quegli pure che dicesse non esser ciò proibito da alcuna legge divina (*b*). Or quanto più non dee valer lo stesso per l' annullamento della sola promessa, e per l' inefficacia a produrre gli effetti civili?

È vero che questo vincolo non è annoverato tra gli articoli 68 ed 81; ma è scritto tra le disposizioni proibitive del matrimonio nell'art. 155 colle parole *non può contrarsi un secondo matrimonio se non è sciolto il primo dall' autorità ecclesiastica*; ed è così inerente all' ordine pubblico ed ai buoni costumi presso tutti i popoli culti di Europa, che non vi è nazione nella quale, oltre la proibizione civile, non sia

---

(*a*) Vedi il Corso de' sig. Apruzzese, il quale è dello stesso sentimento, tom. II. pag. 46.

(*b*) *Si quis dixerit, licere christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla legge divina esse prohibitum, anathema sit.* E ne avea già stabilita antecedentemente la dottrina dicendo — *Hoc autem vinculo duo tantummodo copulari et conjugi Christus dominus apertius docuit, cum postrema illa verba referens dixit: itaque non sunt duo, sed una caro.*

fulminata la bigamia da severe pene criminali. Noi abbiamo di ciò trattato in varj luoghi di questa opera, ma specialmente nella soggiunta all' ultima nota e spiega del nostro Autore sul titolo *dell' assenza*.

E par che nulla impedisca che contra il bigamo si possa procedere e civilmente e criminalmente, quando si lasci la causa sulla validità o nullità del suo secondo matrimonio alla cognizione dell' autorità ecclesiastica. Puo annullarsi la solenne promessa da lui fatta di celebrare il matrimonio quand' era con altro legame sacramentale avvinto, e quindi non produrre gli effetti civili; e può punirsi a norma delle leggi penali, tutto che pendente sia la causa matrimoniale nella curia, sino alla di cui decisione il secondo matrimonio sarà sempre valido innanzi alla chiesa. Può anche avvenire che la morte del conjuge innocente renda inutile la decisione della curia ecclesiastica sull' annullamento del secondo matrimonio già sciolto dalla morte: ma rimangono le azioni civili degl' interessati per questa nullità, e l azione penale pel pubblico esempio contra il bigamo. Ci sembra quindi non potersi impedire l' uno e l'altro procedimento (*a*). Questa nostra opinione è benanche poggiata ai reali rescritti del defunto Monarca e del suo augusto genitore Carlo III (*b*), nè contradetta da alcuna canonica disposizione (*c*).

(*a*) La nullità risultante dal legame di un primo matrimonio sussistente, dice Toullier, è perpetua: non si cancella nè col volger del tempo nè con alcuna ratifica espressa o tacita, anche dopo che il bigamo è sciolto dal primo legame unico ostacolo al matrimonio. Questo duplicato matrimonio ferisce essenzialmente i costumi e l'ordine pubblico. I motivi che lo fecero vietare obbligano di sempre risalire al principio di queste scandalose unioni. La speranza che in seguito potrebbe renderlo valido la morte dello sposo abbandonato sarebbe un incoraggiamento a formarlo. Questa speranza già per se criminosa potrebbe menare a delitti anche più gravi ec.

È dello stesso sentimento il nostro Delvincourt, come nella nota 127 a questo Titolo pag. 67.

(*b*) Il re Carlo III col rescritto de' 14 marzo 1739 chiaramente ordinò che ne' delitti di bigamia, ed in altri casi misti, procedesse il giudice laico; ma che entrandovi punto d' errore nella santa fede, questo solo si rimettesse alla cognizione del giudice ecclesiastico. Il suo augusto figlio più generalmente ordinò col real rescritto de' 7 maggio 1774 che nell' esame delle cause matrimoniali alla curia ecclesiastica appartiene solamente la cognizione degl' impedimenti canonici, o sia di quelli che *assolutamente* dipendono dal dritto canonico, non già degl' impedimenti la cognizione de' quali è del magistrato laicale.

(*c*) La sottomettiamo, ciò non ostante alle decisioni che da' sacri canoni può la chiesa dedurre, siccome intendiamo di fare per tutto quel

Qui si aggiunge ancora dalla legislazione francese che se i nuovi sposi oppongono la nullità del primo matrimonio, la validità o nullità di esso debb' esser preventivamente giudicata (art. 189). Questo articolo è stato soppresso; ma quando non della nullità del matrimonio, ma di quella della solenne promessa si tratta, quando non degli effetti sacramentali ma dei civili è controversia, l'eccezione suddetta merita di esser accolta non meno nella via criminale che nella civile.

Giova quì indicare la risoluzione delle più importanti quistioni sulla bigamia fatta dalla giurisprudenza francese e dalla nostra.

1. La buona fede sulla morte del primo coujuge scusa la bigamia, ma l' accusato dee formalmente produrla come eccezione. Cassaz. 27 gennaio 1807, Sirey, 7, 2, 75. Ma i fatti che giustificano questa buona fede debbon essere tali da produrre una opinione ragionevole e fondata, ed il conoscersi se così siano è quistione più di dritto che di fatto, quindi soggetta alla censura della Corte suprema. Cassaz. 24 frimaio an. 12 e 22 agosto 1806. Sirey, 7, 2, 806, e 6, 2, 925.

2. La nullità di forma di un secondo matrimonio non basterebbe per discolpare il prevenuto di bigamia, quindi l'eccezione di nullità non offre *una quistione pregiudiziale*. Cass. 18 novembre 1807, *Ivi*, 13, 1, 389. Ma se l'imputato lungi dal riconoscere il primo matrimonio come nullo sostiene che non vi sia stato matrimonio comprovato con atto, quest' eccezione presenta una quistione pregiudiziale che debb' essere sottoposta al tribunale civile, però in questo caso la legge non obbliga i giudici a mettere l' imputato in libertà provisoria. Cass. 25 luglio 1811, *Ivi*, 13, 1, 390.

3. Il misfatto di bigamia è come ogni altro misfatto suscettibile della prescrizione decennale (trà noi di venti anni); scorsi i quali dall' epoca del secondo matrimonio la pena è prescritta e non può più agirsi contra il bigamo. Corte di assise di Roano, 20 aprile 1815, *Ivi*, 15, 2, 219.

4. Se l'eccezione di nullità del primo matrimonio sia stata coverta dal bigamo per mezzo di fatti che contengono una tacita rinunzia all' azione di nullità, il mezzo d' inammissibilità che sorge contro la sua eccezione di nullità del primo matrimonio può esser decisa dai giudici criminali di già impossessati della causa di bigamia. Cass. 8 aprile 1811, *Ivi*, 13, 1, 388.

---

che abbiamo in quest' opera, e specialmente in questo Titolo assunto, per non discostarci dalla disciplina della cattolica chiesa, nella di cui comunione ci facciamo una gloria di vivere.

5. Quando il matrimonio è affetto di bigamia, la sua nullità può essere opposta dal conjuge medesimo non ostante il possesso di stato non contrastato dall' altro conjuge. Poco importa che questa circostanza sia stata conosciuta prima del matrimonio. Corte di Parigi, 11 agosto 1817. *Ivi*, 18, 2, 30.

6. Dopo la morte del conjuge che in buona fede avea contratto matrimonio con una persona impegnata già in un altro precedente matrimonio i suoi eredi collaterali sono ammessibili a domandare contra al bigamo la nullità del matrimonio e degli utili stipulati in suo favore, e reclamare nel tempo stesso gli effetti civili del matrimonio a cui il loro autore avea dritto per ragione della sua buona fede. — Poco importa che l' azione penale contra il bigamo sia estinta per la prescrizione. Corte di Parigi, 1 agosto 1818. *Ivi*, 19, 2, 93.

7. La bigamia consiste nel perfezionato doppio contratto nuziale, non già nel congiungimento fisico con due donne. Decisione della nostra Corte di cassazione del 27 febbraio 1812. Armellini tom. I, p. 334.

8. Non vi può esser luogo ad accusa di tentata bigamia. La stessa, decis. del 25 gennaio 1814, *ivi* pag. 338.

§. 7.

Nullità relativa alle vedove che passano a seconde nozze.

Sarà lo stesso per la solenne promessa fatta dalla vedova prima che scorra il decimo mese dal dì della morte del suo primo marito. È vero che questo impedimento è meramente civile, ed è solo proibitivo; ma gl' impedimenti proibitivi, per quanto concerne gli effetti della solenne promessa di nozze, hanno la stessa efficacia degl' impedimenti dirimenti o assoluti. Nè osta che non si trovi tra gli articoli 67 ed 81; poichè in termini proibitivi è scritto nell' art. 156. » La vedova non » potrà essere ammessa a fare la solenne promessa di matri- » monio innanzi all' ufiziale dello stato civile, se non dopo » dieci mesi dalla morte del marito, qualora in questo inter- » vallo non abbia partorito ». Se dunque, violata la legge, questa promessa ha luogo, è nulla e non produce effetti civili. Niuno poi negar potrà che questa proibizione non si colleghi coll' ordine pubblico e coi buoni costumi, poichè tende a garantir le famiglie da indecenti quistioni, capaci di compromettere lo stato de' figli del secondo letto.

Ma se non siasi avverato il pericolo della confusione del parto, unico motivo di questa proibizione, seguiterà questa nullità a sussistere, e dopo lo scorrer di qualunque tempo,

e dopo la morte di ambo i conjugi, saran turbate le loro ceneri, saran privati i figli del di loro stato civile e delle conseguenze che ne derivano? Una proibizione temporanea saggiamente stabilita, si cambierà in assoluta incapacità, ed una semplice precauzione porterà la nullità insanabile del matrimonio (a)? Sottomettiamo queste riflessioni alla saviezza de' tribunali quando avverrà il caso di applicare la proibizione contenuta in questo articolo agli effetti civili della solenne promessa della vedova.

§. 8.

Nullità per la condanna dell' ergastolo.

L' interdizione perpetua nella condanna all' ergastolo (altra volta il dicemmo), se può essere secondo la nostra debole privata opinione un impedimento alla solenne promessa precedente alla celebrazione del matrimonio, non è pertanto motivo di nullità quando essa siasi eseguita prima della condanna

---

(a) Nella diversità de' pareri de' giureconsulti francesi su questa quistione Toullier, l. c. n.° 664. 3. ed., sostiene che questo impedimento sia solo proibitivo, dovendosi intendere la regola di Dumoulin sulla particella *non può*, *secundum subjectam materiam*, come quell' autore stesso seppe limitarla. " Se diversa, dic' egli, fosse stata l'intenzione del legislatore non avrebbe mancato di spiegare quando e ,, per chi poteva essere questa nullità proposta, quando nol poteva ,, essere, o quando sarebbesi coverta, come ha fatto riguardo alle altre nullità. Era stato esso invitato dalle osservazioni delle corti di ,, appello sul progetto del Codice a pronunciare la nullità de' matrimonj contratti in disprezzo della proibizione contenuta nell' art. 228 ,, † 156 ed a spiegare quando e per chi la nullità poteva esser proposta. *Se non l' ha fatto, questo fu*, dice Locré nello *Spirito del* ,, *Cod. Civile*, *perchè annullare il matrimonio sarebbe stato troppo* ,, *per la contravvenzione ad una semplice precauzione.* Egli dunque ,, opina, e così pure il signor Merlin dopo di lui nel nuovo *Repert.* ,, V. *Noces.* §. 2. n. 1. che la proibizione fatta alla donna di maritarsi prima di dieci mesi dal dì dello scioglimento del primo matrimonio non è che un impedimento proibitivo. La giurisprudenza ,, delle Corti di appello è favorevole a questa opinione, (veggasi l'arresto della Corte di Colmar de' 7 luglio 1808, Sirey, an. 1809, 2. ,, part. pag. 168) e la quistione istessa è stata così risoluta dalla Corte ,, di cassazione coll' arresto de' 29 ottobre 1811, Sirey, an. 1812, p. ,, 46 ,,. Veggasi pure il contrario sentimento del nostro autore nella nota 52, il quale ciò non ostante conviene di doversi escludere la domanda di nullità coll' eccezione d' inammessibilità nel caso che il secondo matrimonio abbia lungo tempo durato, e soprattutto se non sia nato alcun inconveniente dalla contravvenzione.

passata in giudicato: molto meno quindi potrà annullare gli effetti civili che avrà prodotti. Il matrimonio dunque del condannato all'ergastolo, così prima che dopo la condanna, qualora avesse luogo, non sarà mai nullo come sacramento, non riconoscendosi ora dalla chiesa la servitù della pena tra gl'impedimenti dirimenti del matrimonio.

§. 9.

Nullità per la parentela naturale, civile e mista.

Uno degl'impedimenti da noi notati nella precedente sezione riguarda la parentela naturale, civile e mista. La violazione di un tale impedimento rende nulla la solenne promessa, e non fa produrre gli effetti civili al matrimonio.

È vero che di essa non si parla negli articoli 67 all'81, ma con termini proibitivi è prescritta per la parentela naturale e mista. » Nella linea retta non può contrarsi matrimonio » tra gli ascendenti legittimi e naturali, nè tra gli affini alla » medesima linea » : art. 158; e va d'accordo la legislazione francese, art. 161. » Nella linea collaterale (dice il nostro » art. 169) è vietato il matrimonio tra gli affini del mede» simo grado, tra lo zio e la nipote, tra la zia ed il nipote » : e lo stesso dicono gli articoli 162 e 163 dell'altro Codice.

E anche unisono il dritto canonico il quale estende però la proibizione molto più in là del dritto civile. Esso distingue la parentela in consanguineità ed affinità (*a*), e sebbene computa diversamente i gradi, come a lungo ha dimostrato il nostro Autore nella sua nota 63, pure stabilisce: 1.° che la consanguineità in qualunque grado della linea retta, e nel primo grado della linea collaterale, sia un impedimento dirimente da non potersi dalla chiesa dispensare, come quello che dal natural dritto deriva; 2.° che la consanguineità nel secondo grado della linea collaterale così retta che obbliqua sia pure impedimento dirimente, ma per solo dritto ecclesiastico, e non possa dispensarvisi, dice il concilio tridentino, *nisi inter magnos principes et ob publicam causam*; 3.° che l'affinità, su di cui la disciplina variò per la sua capacità ad annullare i matrimonj rati e consumati, fosse un impedimento dirimente

---

(*a*) Sotto nome di consanguineità intendono i canoni la parentela di coloro i quali nascono per copula carnale da uno stipite comune; e sotto nome di affinità intendono quella parentela che il marito contrae con i consanguinei della moglie, e la moglie con i consanguinei del marito, nata da sola copula carnale lecita o illecita.

in tutti que' gradi ne' quali lo era la consanguineità, ma da potersi dalla chiesa dispensare fuorchè nella linea retta; 4. e che l' affinità naturale *ex fornicatione nata* annullasse il matrimonio soltanto nel primo e nel secondo grado (a).

Lo stesso può dirsi della parentela civile che l' una e l'altra legislazione ha stabilito in termini proibitivi. » *Non può* » *contrarsi matrimonio* (dice il nostro art. 159) tra l' adottante e l' adottato o i discendenti di costui, nè tra l'adottante ed il consorte dell' adottato e reciprocamente tra l'adottato ed il consorte dell' adottante ». Egualmente (soggiunge l' art. 160) che « nella linea collaterale *è vietato il* » *matrimonio* tra l' adottato ed i figli dell' adottante ancorchè » adottivi ». Negli stessi termini presso a poco si esprime l'art. 348 del Codice francese.

Il dritto canonico riconosce ancora questa parentela legale, e sostiene che fu sempre un impedimento dirimente nella linea retta tra gli ascendenti e discendenti sino al quarto grado inclusive, e nel primo soltanto della linea collaterale; che questa parentela legale produce affinità nel primo grado della linea retta così degli ascendenti che de' discendenti atta ad annullare il matrimonio; e finalmente che questa civile cognazione sia un impedimento perpetuo del matrimonio nella linea ascendentale, ma non già nella linea collaterale (b).

Non potrà poi mettersi in dubbio che una tale proibizione interessi l'ordine pubblico ed i buoni costumi, e noi lo abbiamo già dimostrato nella precedente sezione. Se mai dunque avesse luogo la solenne promessa per celebrarsi uno di questi vietati matrimonj, senza che se ne fosse ottenuta dal principe, in quei casi ne' quali è permesso, l' opportuna dispensa, o la *sanatoria*, la solenne promessa sarebbe nulla, ed il matrimonio che celebrato si fosse non produrrebbe gli effetti civili.

§. 10.

Nullità per l' inosservanza di talune formalità. Quistione sulla casa comunale. Matrimonii di coscienza.

L' inosservanza delle formalità prescritte sotto pena di nullità privano egualmente il matrimonio degli effetti civili. Questo legame si forma, è vero, colla mutua fede e col con-

---

(a) Juvenin loc. cit. cap. IV, e X.

(b) C. 30, q. 5. cap. un. Ex. *de cogn. legali* V. *Juvenin* loco cit. cap. IV. art. 4.

senso delle parti, non già colle cerimonie; ma interessa la società, le famiglie, i conjugi stessi che tale consenso diasi con forme solenni e regolari. Quelle tra noi stabilite possono ridursi a due oggetti: *pubblicità* e *solennità* dell'atto della promessa che dee necessariamente precedere il matrimonio. *La pubblicità e la solennità ne' matrimonj*, dice Portalis, *possono sole prevenire que' congiungimenti vaghi ed illeciti che sono sì poco favorevoli alla propagazione della specie umana.*

La pubblicità è stata sempre richiesta come essenziale al matrimonio dalle antiche leggi del regno che vietarono e punirono tutti i matrimonj clandestini. Ruggiero l'ordinò nella costituzione *sancimus*, e scrisse le pene di non poter il contravventore far testamento, di non essere legittimi i figli da tal matrimonio procreati, e di perdere la dote le donne così maritate, tranne se fossero vedove. L'imperador Carlo VI richiamò in uso la detta costituzione colla prammatica prima *de matrim. clandestinis* il 17 ottobre 1718, e vi aggiunse la multa di ducati duemila pei nobili e mille per gl'ignobili, non che altre pene corporali a suo arbitrio. L'augusto Carlo III confermandola ancora col rescritto de' 9 luglio 1746 ordinò soltanto non doversi cumulare le due pene pecuniaria e corporale. Il suo augusto figlio Ferdinando I. ordinò lo stesso a' 24 aprile 1773, aggiungendo che in quanto alla sussistenza dei matrimonj clandestini, la cognizione ne spettasse al giudice laico.

Ad assicurare questa pubblicità tendono le seguenti disposizioni delle nostre Leggi: 1. la notificazione di cui fa parola l'art. 68, e che rimane affissa alla porta della casa comunale del domicilio degli sposi; per interi giorni quindici, salvo se alcuna regia dispensa ne abbia accorciato il tempo; 2. la competenza dell'uffiziale dello stato civile di cui parlano gli art. 76 e 175; 2. la presenza di quattro testimonj.

La solennità è l'altro oggetto avuto in mira dalla religione non meno che dal principato, essendo lor voto comune che le nozze si contraggano con riti i quali rendano certo palese e stabile il nodo conjugale, assicurino lo stato de' figli, ed avvezzino la società a rispettare un vincolo il quale merita per tanti titoli la protezione ed il favor delle leggi. Quindi è che a stabilire la solennità civile del matrimonio sono dirette le disposizioni riguardanti, 1. il doversi ricevere la solenne promessa nella casa del comune; 2. il farsi lettura alle parti non solo de' documenti relativi al loro stato, ma ancora del capitolo VI del Titolo *del matrimonio*; 3. il riceversi da ciascuna delle parti una dopo l'altra la dichiarazione ch'elleno solennemente promettono di celebrare il matrimonio avanti la

chiesa secondo le forme prescritte dal sacro concilio di Trento: disposizioni tutte contenute nell' art. 77.

Riguardano poi così la pubblicità che la solennità gli obblighi ingiunti all' ufiziale civile: 1. di non ricevere la solenne promessa prima che scorra il quarto giorno dalla defissione della notificazione, nè dopo dell' anno dalla scadenza di questo termine; 2. di stenderne immediatamente l' atto; 3. di enunciare in esso tutte e nove le circostanze della solenne promessa (*a*); 4. di darne copia ai futuri sposi in doppia spedizione per essere presentate al parroco cui la celebrazione del matrimonio si appartiene; 5. di far subito notamento nel suo registro nel margine dell' atto suddetto della seguita celebrazione di cui il parroco è obbligato a far fede in piedi di una delle dette spedizioni inviategli (art. 67, 77, 79 e 80); ed è dopo ciò, dicesi nell' art. 80, che *il matrimonio sarà tenuto per legge solennemente celebrato.*

Tutte queste formalità sono comprese tra gli art. 68 e 81; quindi per noi non vi ha dubbio che ogni loro violazione priva il matrimonio degli effetti civili. Tali sono ancora ad un dipresso le disposizioni del Codice francese (art. 63 al 76, ed art. 165, 166 e 191). Ma circa l' applicazione delle medesime alle nullità del matrimonio nel caso che violate si fossero, non sono di accordo gli scrittori di quella nazione.

Il signor Toullier non riconosce per essenziali che due sole formalità, quella cioè della pubblicità della celebrazione, e la competenza dell' uffiziale civile del domicilio di una delle parti, perchè appunto nell' art. 191 non si permette d' impugnare il matrimonio se non quando esso non siasi contratto

---

(*a*) Ecco le parole dell' art. 79. ,, L' atto di solenne promessa ,, enunciato nell' art. 77 conterrà:

,, 1. I nomi, i cognomi, le professioni, l' età, il luogo di na- ,, scita ed il domicilio di ciascuno degli sposi.

,, 2. Se sono maggiori o minori.

,, 3. I nomi, i cognomi, le professione ed i domicilj de' padri, ,, e delle madri.

,, 4. Il consenso de' padri e delle madri, dell' avo paterno, e ,, quello della famiglia ne' casi ove sono richiesti.

,, 5. Gli atti rispettosi, ove se ne siano fatti.

,, 6. Le notificazioni ai diversi domicilj.

,, 7. Le opposizioni, se ve ne sono state: la loro cessazione: ov- ,, vero la menzione che non vi è stata opposizione.

,, 8. La solenne promessa de' futuri sposi di celebrare il matri- ,, monio in faccia della chiesa, secondo le forme prescritte dal con- ,, cilio di Trento.

,, 9. I nomi, i cognomi, l' età, la professione ed i domicilj dei ,, testimoni che sono intervenuti alla promessa.

pubblicamente nè celebrato innanzi all' uffiziale civile competente. Quindi conchiude che l' omissione delle altre formalità non può produrre l' annullamento de' matrimonj civili, esponendo solo l' ufiziale pubblico e le parti ad un' ammenda.

Ma egli stesso osserva che in nessuno degli articoli del Codice è definito ciò che significhi un *matrimonio pubblicamente contratto* di cui importa per altro aver idea netta e precisa. Esso può definirsi a primo aspetto un matrimonio celebrato in presenza di quattro testimonj e dell' uffiziale pubblico. Ma sarà essenziale alla pubblicità di un tal atto che sia celebrato nella casa comunale, e non altrove? Qui nasce interminabile quistione tra quegl' interpetri. Il Malleville sostiene l' affermativa, perchè propostosi nel Consiglio di stato di accordarsi all' uffiziale civile la facoltà di trasferirsi al domicilio delle parti per celebrarsi il matrimonio, almeno per quelli che si contraggono *in extremis*, si rispose, che ciò avrebbe dato luogo a molti inconvenienti, che sarebbe divenuto il dritto esclusivo del potere e della ricchezza, e che era meglio conservare il principio della pubblicità.

Il signor Portalis nella esposizione dei motivi dice pure che l' uffiziale civile non ha alcuna facoltà personale per cambiare il luogo o modificare le formalità della celebrazione.

Il signor Locrè al contrario sostiene che il matrimonio celebrato fuori della casa comunale, anche fuor del comune, non è nullo purchè pubblicamente e per mezzo dell' uffiziale competente celebrato; ma egli si appoggia ad una risoluzione del Consiglio di stato che invano si cerca nei processi verbali delle conferenze, e che d' altronde non potrebbe essere una regola obbligatoria pei tribunali in pregiudizio delle disposizioni del Codice.

Intanto un' arresto della Corte di cassazione de' 22 luglio 1807, riportato da Sirey, an. 1807 pag. 336, decise, che l' art. 75 il quale indica la casa comunale come il luogo in cui i matrimonj debbono essere celebrati, non avendo testualmente pronunciata la pena di nullità contro l' inosservanza di questa disposizione, i tribunali possono senza contravvenire alla legge non avere riguardo a questa irregolarità. Dal che pare dedursi che quando la pena di nullità non sia espressamente pronunciata dagli articoli del Codice che prescrivono le formalità del matrimonio, i giudici possono annullare o no i matrimonj impugnati per omissione di queste formalità, secondo che l' interesse pubblico e quello di famiglia sembra loro che lo esiga.

Conchiude quindi il citato Toullier che rapprossimandosi gli articoli 165, 191 e 193 alla giurisprudenza della Corte di cassazione si può assumere come principio che la nullità la

quale risulta dalle contravvenzioni alle regole stabilite dall'art. 165 non è affatto radicale, e che dipende dalle circostanze che la prudenza de' giudici può solo valutare (luogo cit. Tit. V. n. 641, 642, 643 e 644, 3. edizione).

Il sentimento del nostro Delvincourt è anche più severo, specialmente sulla quistione della *casa comunale*, come abbiamo veduto nella nota 88 a questo Titolo. Decise però la Corte di cassazione di Francia ne' 21 giugno 1814 che se la non pubblicità di un matrimonio ne opera la nullità, nondimeno spetta ai giudici del merito di determinare nella loro saviezza ciò che significa pubblicità nel senso della legge. Quindi nè la mancanza di celebrazione nella casa comunale; nè la mancanza della presenza reale di uno de' quattro testimoni che han firmato l'atto del matrimonio, sono contravvenzioni che danno essenzialmente luogo a cassazione (Sirey, 14, 1, 291). Veggasi pure la decisione della Corte di Grenoble del 24 febbrajo 1817, *ivi*, 18, 2, 103, e quella di Bourges del 23 maggio 1822, *ivi*, 22, 2, 315.

Per quel che a noi appartiene, avendo assunto la generale teoria che gli atti de' quali si fa menzione dall' art. 68 all' 81 siano tutti essenziali, è chiaro che qualunque loro violazione fa che il matrimonio, benchè celebrato in faccia della chiesa non produca gli effetti civili.

Ma circa la quistione sulla casa comunale, si può riflettere, a nostro avviso, che gli atti riguardanti la solennità della promessa sono meno essenziali di quelli relativi alla sua pubblicità; che il recarsi nella casa comunale va generalmente considerato come una solennità, e che allora solo il non andarvi potrebbe riguardare la pubblicità quando, mancate le altre condizioni di questa, divenisse argomento di clandestinità; che l'indicazione della *casa del comune* non forma l'oggetto d'una particolare disposizione, come nel Codice francese, nè in termini proibitivi, ma trovasi semplicemente enunciata tra gli altri solenni dell' art. 77; che l' art. 175 riassumendo il prescritto del detto art. 77, ordina che l'atto sarà eseguito pubblicamente alla presenza dell' uffiziale dello stato civile del domicilio dell' uno o dell' altro de' contraenti, senza far menzione della casa del comune; e finalmente che se il legislatore l' avesse creduta una circostanza essenziale alla pubblicità del matrimonio, come lo sono, per esempio, le notificazioni, allorchè nell' art. 179 autorizzò l' ommissione di queste pe' matrimonii *in extremis*, avrebbe pure accennato la dispensa di quella. Al che si aggiunge la decisione dell'abolita nostra Corte di cassazione del 22 aprile 1812 colla quale si disse che il matrimonio non poteva essere annullato per la sola ragione di

non essersi celebrato nella casa comunale; atteso che la pubblicità non consiste che nella celebrazione innanzi all' ufiziale pubblico in presenza de' testimoni, e nella sua inscrizione ne' registri dello stato civile (CATALANI, 2. 18).

Di contrario parere sono pertanto gli autori de' comentarii citati. Trasandando essi la distinzione da noi escogitata tra le pubblicità e le solennità, considerano la celebrazione nella casa comunale come una pubblicità, una formalità essenziale e quindi di assoluta necessità la dichiarano (l. cit. pag. 310 a 312). Ciò non ostante essi ci avvertono a pagina 268 che » la sola eccezione a questa regola di ordine pubblico può » ammettersi nel caso de' matrimonj per imminente pericolo » di vita, ne' quali se l' uso delle notificazioni è dispensato, » a più forte ragione, e per natura della cosa cessa la neces» sità di celebrar la promessa nella casa del comune ».

Per quel che riguarda il dritto canonico, la chiesa tutto che non abbia più annullati i matrimonij clandestini, ha dichiarato nel tridentino ch' essa li detesta sempre e li proibisce. Quindi ad impedirli ordina che ad ogni matrimonio precedano le pubblicazioni in tre giorni festivi fatte dal paroco nella chiesa *inter missarum solemnia*; permette ne' casi che il matrimonio maliziosamente impedir si volesse, la dispensa di due ed anche di tutte le pubblicazioni; ma prescrive che vi si adempia dopo la celebrazione, purchè prima della consumazione del matrimonio; in tutto rimettendosi alla prudenza dell' ordinario. Ordina poi sotto pena di nullità di celebrarsi il matrimonio in presenza del paroco o altro sacerdote delegato dal medesimo, o dall' ordinario, ed innanzi a due o tre testimoni. Nè tra questi solenni include il luogo in cui debba celebrarsi tal sacramento, nè fa menzione della chiesa.

Or se per la celebrazione del matrimonio non si richiede che le parti si rechino in chiesa, per l' atto poi della promessa ch' è certamente di una importanza minore, sarà tanto rigorosa condizione il portarsi alla casa del comune, che il mancarvi debba, ancorchè tutte le altre solennità siensi adempite, render nullo il matrimonio riguardo agli effetti civili? Inabili a risolvere così importante quistione, non possiamo che sottomettere queste nostre riflessioni alla prudenza ed al giudizio de' tribunali e delle corti del regno.

Sarebbe questo il luogo di toccare alcun che de' matrimonj così detti *di coscienza*, di cui rari non erano gli esempj fra noi: si celebravano essi innanzi al paroco ed a' testimoni, ma senza farli precedere da pubblicazioni, nè iscrivere nel libro de' matrimonj, nella mira di tenerli celati e non rivelarne al pubblico l' arcano che a tempo opportuno. Il pontefice Bene-

detto XIV colla bolla *satis nobis*, de' 17 novembre 1741, volle con accuratezza definire la forma da tenersi nel contrarre simili matrimonj, onde ovviare ai disturbi tra le famiglie, agli scandali, agli odii, ed a tutte le tristi conseguenze che potevano derivarne (*a*). Ma s' incontrò ostacolo alla pubblicazione di quella bolla nel regno, e rimesso l' affare alla real camera di S. Chiara, la medesima con ragionata consulta de' 27 gennaro 1742 dimostrò tutto il pregiudizio che colla pubblicazione pura e semplice della medesima veniva a risultarne ai regj dritti, e quindi opinò che si rispondesse al nunzio pontificio » che il re non aveva riparo in far pubblicare in questo regno il detto breve pontificio conducente al regolamento delli matrimonj di coscienza; però che con un tal beneplacito non intendeva pregiudicare alli regali dritti di sua » sovrana potestà, toccanti gli effetti civili di tali matrimonj ». Uniformemente a questa consulta si emanò la prammatica III sui matrimonii dal re cattolico in data de' 3 marzo 1742.

Se dunque si volessero presentemente contrarre i matrimonj di coscienza, essi sarebbero validi come vincolo sacramentale, ma non produrrebbero in alcun modo effetti civili, perchè mancanti della pubblicità e della solennità richiesta dalle leggi presenti (*b*) come fu risoluto coll' ultimo Reale rescritto del 21 giugno 1823 comunicato all' allora Ministro de-

---

(*a*) Questa bolla intorno a siffatti matrimonii ordinò:

1. Che non se ne dovesse permettere la celebrazione, se non dove concorresse qualche urgente e grave cagione.

2. Che il vescovo dovesse destinare all' uopo uno de' parochi de' due futuri sposi, ovvero *ex gravi causa* qualche altro sacerdote di sperimentata probità e dottrina, il quale fosse tenuto ammonire i futuri sposi de' loro doveri verso de' figli che potean procreare.

3. Che il vescovo dovesse tenere due registri ben chiusi e suggellati da custodirsi nella curia vescovile in uno de' quali dovessero notarsi siffatti matrimonj, e nell' altro la nascita ed il battesimo dato ai figli; che entrambi tali registri non si dovessero aprire, se non ove il richiedesse il bisogno di notare simili matrimonj ed atti di nascita e quando un urgente dovere di giustizia l'esigesse; come allorchè gl'interessati ne chiedessero documento nè vi fossero altri mezzi di pruova.

4. Prescrisse finalmente che il padre, o in di lui difetto la madre, fra il termine di 30 giorni dovessero denunziare al vescovo i figli procreati da tal matrimonio, altrimenti si rompesse la fede del silenzio, e si divulgasse il matrimonio per salvare il dritto de' terzi.

(*b*) Riguardo però ai matrimonii di coscienza celebrati prima del Codice civile e col rito dalle antiche leggi richiesto, dee dichiararsi valido sotto l' impero del Codice suddetto, come decise le nostra Corte degli Abruzzi nel 24 novembre 1817 (Catalani, 2, 16).

gli affari ecclesiastici di Sicilia dal nostro Ministero, del tenore seguente.

» Eccellenza - La lettura delle carte rimesse da V. E. col suo pregiato foglio del 3 aprile corrente anno 1823, mi ha dato l' opportunità di rilevare i seguenti fatti.

Il vescovo di Nardò in settembre 1821 propose il dubbio se procedendo un parroco alla celebrazione de' così detti matrimonii di coscienza a norma della bolla *satis nobis* di Benedetto XIV , senza l' esibizione de' documenti richiesti dall' art. 81 del Cod. civ. , incorresse o no nella pena e nella multa comminata dall' art. 245 del Codice penale. Interpellata sul proposito l' abolita commissione temporanea consultiva , si pronunziò per l'affermativa sulla considerazione che le leggi penali del novello Codice, senza far distinzione tra matrimonio regolare e matrimonio di coscienza , aveano in ogni caso comminata la pena al parroco trasgressore del disposto nell' art. 81 delle LL. Civ. Su tal proposito ho osservato , che due considerazioni sfuggite all' esame della commissione l' aveano fatto incorrere in un parere erroneo. La prima che i matrimonii di coscienza considerati come atti spirituali non soggiacciono alla cognizione del magistrato temporale , e non possono perciò dar luogo a procedimento. La seconda che non formando oggetto del Codice novello alcun atto che riguarda la nostra Sacrosanta Religione , niuna alterazione poteva per essi aver ricevuta la citata Bolla di Benedetto XIV la quale è rimasta sempre nella piena osservanza salvo ciò che riguarda gli effetti civili , e che trovasi stabilito nell' art. 189 delle LL. civili.

Ho osservato inoltre che nel Consiglio di stato del 21 maggio 1822 , essendo stato proposto a S. M. l' affare , fu ordinato , che si cercassero gli antecedenti circa lo stesso articolo deciso da S. M. per la Sicilia. Gli antecedenti richiesti da S. M. riguardavano l' autorizzazione implorata dal vescovo di Piazza per la dispensa degli atti dello stato civile nella celebrazione di un matrimonio di coscienza e la sovrana risoluzione presa sull' oggetto sotto il dì 3 maggio 1820 con cui trovasi ordinato , che il vescovo di Piazza facesse uso delle sue facoltà a' termini della bolla di P. Benedetto XIV , non occorrendo alcuna particolare disposizione , nella prevenzione però che i matrimonii di tal natura non partoriscono alcun effetto civile , la qual circostanza il vescovo dovrà far conoscere agli sposi. Proposto intanto lo stesso espediente nel posteriore Consiglio del 1 aprile 1822 venne così ordinato : Si esegua la bolla del S. P. Benedetto XIV , ma colla clausola solutare apposta dall' augusto Re Carlo III, che salva gli effetti civili.

L' espressioni adoperate, che salva gli effetti civili, con cui si tradussero le parole della clausola *salvis tamen Majestatis juribus quoad effectus civiles ejusmodi matrimonii*, han dato luogo a sinistra ed erronea interpretazione, facendo supporre che il rescritto avesse rivocata la disposizione dell' art. 189 delle LL. civ. e fatti salvi gli effetti civili a' matrimonii di coscienza: Quindi la frequenza di siffatti matrimoni, e le domande di diversi ordinarii per la partecipazione ed osservanza del rescritto nelle rispettive diocesi.

Dietro le indicate osservazioni avendo di tutto rassegnato con mio rapporto a S. M. con sovrana determinazione de' 30 dello scorso maggio da Vienna, inteso il parere del Consiglio ordinario di stato, si è degnata la M. S. dichiarare:

Che la risoluzione sovrana del 1. aprile 1822 deve intendersi ne' termini stessi del dispaccio dell' augusto Re Carlo III.° dell' anno 1742 per la impartizione del regio *exequatur* all' enunciata bolla di Benedetto XIV, e che perciò niuna alterazione abbiano ricevuto per esso le attuali leggi le quali privano degli effetti civili i matrimonj che non sono preceduti dagli atti dello stato civile.

Che pe' matrimoni di coscienza non sia applicabile la sanzione penale contro i parrochi che li celebrassero senza il preventivo adempimento degli atti dello stato civile.

Inoltre la M. S. si è degnata ordinare che coloro i quali avendo in buona fede contratti matrimoni di coscienza dopo il sovrano rescritto del 1.° aprile 1822 intendono di ottenere da S. M. la grazia che questi matrimonj producano gli effetti civili, la debbono implorare nel termine di due mesi; che in vista delle particolari circostanze di ognuno verrà la M. S. ad accordarla, permettendo di adempirsi agli atti dello stato civile e di considerarsi questo successivo adempimento come eseguito in tempo utile prendendosi nota in margine de' corrispondenti atti dello stato civile della già seguita celebrazione del matrimonio innanzi la Chiesa.

Finalmente S. M. ha comandato di farsi sentire a' vescovi che la bolla di Benedetto XIV è in pieno vigore nel regno e che sono essi autorizzati a far celebrare un matrimonio di coscienza tutte le volte che si verificano le circostanze prescritte dalla bolla, ma nel tempo stesso debbono avvertire gli sposi che matrimoni di tal natura non partoriscono alcun effetto civile secondo che fu ordinato al vescovo di Piazza col menzionato rescritto del dì 3 maggio 1820.

Nel partecipare a V. E. nel real nome questa sovrana risoluzione per l' uso conveniente le restituisco le carte che mi rimise in data de' 3 aprile del corrente anno, e le quali

sono designate in margine di questo foglio e la prevengo di aver emanati gli ordini convenienti per la parte che riguarda questo ministero di Giustizia — Marchese Tommasi.

Pria di terminare l' esame della nullità risultante dall' inadempimento delle formalità volute dalla legge, convien osservare che in Francia essa può venir proposta dai conjugi stessi, dal padre e dalla madre loro, e dagli ascendenti, gli uni in mancanza degli altri, viventi anche i due conjugi, e dopo la di loro morte da tutti coloro che vi hanno interesse: ma quando vi ha possesso di stato, e presentasi l' atto della celebrazione del matrimonio innanzi all' ufiziale dello stato civile, i conjugi sono rispettivamente inammessibili ad impugnare il loro matrimonio per difetto di pubblicità (art. 196). E riguardo al pubblico ministero l' art. 191 stabilisce soltanto che questi *possa* impugnare il matrimonio per tal motivo, non che lo *debba* come ne' casi preveduti dall' art. 184. E quì avvertono gl' interpetri oltramontani che il regio procuratore debba farsi un dovere di usare di tale autorizzazione con la più grande circospezione, e solo allorchè siavi notorio scandalo, e che l' ordine pubblico ne venga turbato, altrimenti il di lui ministero andrebbe a degenerare in inquisizione (*a*).

Questi due articoli sono stati tra noi anche soppressi. Ma non perciò sarà lecito ad ognuno che non abbia un interesse attuale di poter impugnare la solenne promessa di matrimonio, tutto che difettosa. Il procuratore regio è incaricato di farlo così nel civile come nel criminale, come altrove osservammo; ma saranno forse inutili per lui le avvertenze degli scrittori francesi?

§. 11.

Nullità relativa al matrimonio de' militari.

Un impedimento da noi trascritto nell'antecedente sezione riguarda la mancanza del consenso necessario ne' matrimonj de' militari. Ma questo impedimento non è che proibitivo, ed esce dalla regola indicata, poichè non interessa che una sola classe di persone, e nasce non dalle Leggi civili, ma da particolari disposizioni le quali possono in qualunque tempo cambiarsi. Or queste disposizioni avendo indicate le pene minacciate alla di loro violazione, non fecero parola degli effetti civili del matrimonio celebrato ad onta di tale divieto. Non

(*a*) Locré pag. 379 e seg.; Toullier num. 589, 590, e 591 prima ed.

si può aggiunger questo come mezzo di nullità della solenne promessa o per frode o per connivenza data innanzi all'ufiziale civile nelle forme che vuole la legge.

Lo stesso è in Francia riguardo alle violazioni del decreto de' 16 giugno 1808 sul matrimonio dei militari. Questo impedimento non è che proibitivo, ma il matrimonio sarà valido; soltanto gli ufficiali che contravvenissero a questa disposizione, incorrerebbero la destituzione e la perdita di qualunque dritto così per essi che per le loro vedove e figli, ad ogni pensione o ricompensa militare. Ivi però l' ufiziale dello stato civile che avesse scientemente celebrato il matrimonio d' un uffiziale o soldato in attività di servizio, senz' essersi fatto presentare i permessi richiesti, o se avesse trascurato di unirli all' atto della celebrazione del matrimonio, viene destituito dalle sue funzioni.

§. 12.

Nullità relativa alla tutela.

Dicemmo esser nuovo nelle nostre leggi l' impedimento che concerne il matrimonio tra il tutore o i figliuoli di lui ed il minore o la minore durante la tutela, e pendente il rendimento de' conti. Ma esso non solo non è compreso tra gli art. 68 ed 81, ma neppure è ne' termini proibitivi adoprati per gli altri matrimonj vietati. Non ai contraenti, ma all' ufiziale civile è diretta la proibizione. È *vietato*, dice l'art. 157, *all'ufiziale dello stato civile di ricevere la solenne promessa del matrimonio*, ec. Se la legge avesse voluto farne un motivo di nullità per gli effetti civili vietato lo avrebbe ai contraenti.

Sembra adunque che questo impedimento sia solo proibitivo come quello del matrimonio de' militari; e ciò ancora sul riflesso che basta l' *approvazione del tribunale* per toglierlo.

Si può opporre però che questa proibizione si colleghi pure coll' ordine pubblico e coi buoni costumi, come noi l' osservammo nell'antecedente sezione; e che non essendo garentita da alcuna pena nè per l'ufiziale civile nè pe' contraenti, resterebbe deluso il voto della legge se non producesse neanche la perdita degli effetti civili: è ciò che ci ha impedito di risolvere nettamente la quistione, il che con migliore esame potrà farsi dai tribunali.

§. 13.

Nullità per voto solenne o per ordini sacri.

Rimane l'ultimo impedimento, quello cioè de' *voti solenni*, *e degli ordini sacri*. Spieghiamo prima di tutto cosa s'intenda per queste parole, e qual fu ed è attualmente su tal materia la disciplina della chiesa.

I voti monastici per lo corso di dieci secoli, o al certo pe' primi cinque, non si ebbero dalla chiesa come impedimento efficace a rendere i matrimoni invalidi, ma soltanto illeciti (*a*). Questa nullità chiaramente non fu stabilita contra i matrimonii contratti da monaci o monache dopo la professione religiosa, se non col canone settimo del primo concilio romano, ch' ebbe luogo nell'anno 1139 sotto Innocenzo III. Quindi nel XII secolo Graziano nel raccogliere i canoni degli antichi concilj ed i sentimenti de' padri della chiesa, onde conciliarli fra loro immaginò la distinzione di voto *semplice* e voto *solenne*, riguardando il secondo come un impedimento mero proibitivo, ed il secondo come dirimente, atto cioè a render nulle le nozze ove ad onta del divieto si fossero contratte (*b*). Tal distinzione fu accolta con plauso, e venne avvalorata da decretali e rescritti di varj pontefici, specialmente di Bonifacio VIII che dichiarò doversi avere per *voto solenne* atto a dirimere il matrimonio, quello che solennizzato si fosse coll' accettazione di sacro ordine, e con professione fatta in alcuna delle religioni dall' apostolica sede approvate: *reliqua vota matrimonia post contracta non rescindere* (*c*). Questi altri voti semplici rimasero però come impedimenti proibitivi.

Riguardo agli ordini che la chiesa distingue in minori e maggiori, noi non parleremo che di quest' ultimi detti anche sacri, e che comprendono il suddiaconato, il diaconato ed il presbiterato. Per lo corso di undici secoli la chiesa tutto che avesse sempre aborrito come sacrileghi ed illeciti i matrimonii contratti da diaconi, da preti e da vescovi, pur nondimeno non li ebbe per nulli ed invalidi. I canoni mentre

(*a*) S. Agost. de bono viduit. cap. X. Gelasio I. in epist. ad ep. per Lucaniam, Brutios et Siciliam constit. cap. 21. Il concilio Calcedonese can. 16, ed ivi le note di Bevergerio. S. Leone il grande ep. 82 ad Rusticum Narbonens. e Gregorio I. lib. 1. ep. 33. e lib. VI ep. 9. ad Vitalianum Sipontinum episcopum. V. al contrario Juvenin loc. cit. cap. III.

(*b*) Cap. 4. 5. e 6. Extr. Qui clerici vel voventes ec.

(*c*) Cap. unic. de voto, et voto redemt. in 6.

pronunziarono le pene spirituali contra coloro che obliando i doveri del proprio stato contraevan matrimonii, nulla aggiunsero circa la validità di tali nozze, e molto meno prescrissero doversi i conjugi separare. La chiesa si contentò allora di rimuovere dall'altare chi non vi portava tal purità del costume nel grado eminente che si richiedeva, ma lasciava in pace i conjugi senza pronunziare la nullità del matrimonio; solo pe' vescovi si ordinò la separazione del conjuge col quale si era unito prima dell' ordinazione (*a*). L'imperatore Giustiniano fu il primo in oriente che colla l. 45 *c. de episcop. et cleric.* dichiarò invalidi tali matrimonj, e privi di effetti civili. Ma non ebbe quella legge esecuzione, poichè la disciplina che si osservò dopo di essa non comportò il rigore di separare gli ecclesiastici dalle mogli, benchè sposate *post ordinationem*, e molto meno di avere per illegittimi i figli indi procreati (*b*). Nell' occidente il primo concilio Lateranense ch' ebbe luogo sotto il pontificato di Callisto II nel 1123 ordinò esplicitamente *matrimonia a presbyteris*, *diaconis*, *subdiaconis et monachis disjungi*, *juxta sacrorum canonum definitionem.* Questa disciplina fu avvalorata dai concilj posteriori, e soprattutto dal concilio di Reims sotto il papa Eugenio III nell' anno 1148, e dal concilio Lateranense III ch' ebbe luogo sotto Alessandro III nel 1176, che non matrimonio ma *contubernio* chiamò simili matrimonj nel canone 6.

Pur altre quistioni si facevan nascere così dai rilasciati che sostenevano non potere aver ciò luogo quando la grazia non desse la forza di sopportare il perpetuo celibato, come dai rigoristi che dal divino dritto risultar facevano questa proibizione, e quindi non suscettiva la proclamavano di dispensa. Ma il sacro tridentino concilio agli uni ed altri impose silenzio col canone IX (*c*). Per cui questo impedimento è rimasto

---

(*a*) V. Juvenin loc. cit., il quale sostiene pure che ne' precedenti secoli fu anche prescritto ai diaconi ed ai preti conjugati di astenersi dall' uso del matrimonio, e ciò tanto nella greca che nella chiesa latina. Quella poi dopo il sesto secolo restrinse ai soli vescovi il precetto del celibato.

(*b*) Vedi gli annotatori a Toullier, loc. cit. pag. 559, e 560, e dove convien emendar le epoche delle disposizioni conciliari, come abbiam noi fatto col riscontro storico.

(*c*) *Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos, vel Regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto, et oppositum nil aliud esse quam damnare matrimonium, posse omnes contrahere matrimonium qui non sentiunt se castitatis, etiam si eam voverint, habere donum; anathema sit: cum Deus id recte petentibus non deneget, nec patiatur nos supra id quod possumus tentari.*

dirimente, atto ad annullare il matrimonio, ma capace di dispensa, come derivante dalla legge chiesastica.

Le nostre Leggi facendo eco a tali canoniche disposizioni han prescritto nell' art. 162: « il matrimonio è vietato per » coloro che siano legati da voto solenne, o dagli ordini sa» cri ». Questa proibizione in termini così espressi annunciata si attiene ancora all'ordine pubblico ed ai costumi, come nell' antecedente sezione dimostrammo, ed è dalla legge messa allo stesso livello del matrimonio incestuoso, o adulterino, in modo che i figli i quali nascessero dal matrimonio di persone così legate, non potrebbero neppure riconoscersi come figli naturali, giusta l'art. 158, di cui nel seguente Titolo. Se mai dunque queste congiunzioni scandalose avvenissero, esse non produrrebbero effetti civili.

§. 14.

Degli effetti delle nullità.

Noi vedremo nella seguente sezione quali siano gli effetti del matrimonio legittimo: per ora ci basta osservare che l'effetto delle nullità delle quali abbiamo sinora parlato è di privare il matrimonio di tutti gli effetti civili, come se non mai fosse stato agli occhi della legge. La comunione è svanita, nulle si reputano le convenzioni matrimoniali e le sopravvivenze, nulle le donazioni fatte per causa di nozze, salva però la restituzione della dote, o delle somme che il marito avesse dichiarato aver ricevuto dalla moglie o dai parenti di lei. Il vincolo sacramentale intanto rimane saldo in sino a che non sia dall'autorità ecclesiastica disciolto: nè possono i conjugi considerarsi come concubinarj; ma i figli nati da questi matrimonj trovansi ridotti alla condizione di figli naturali, qualora non sia vietato di riconoscerli come tali, e non hanno altro dritto che alla porzione de' beni ad essi dalla legge accordata.

Finalmente conviene avvertire che di qualunque peso sia la nullità, niun matrimonio è nullo di pieno dritto. Così la potestà secolare per gli effetti civili, come l'ecclesiastica pel vincolo sacramentale debbono farvi precedere esame e sentenza: vi ha sempre un titolo ed un' apparenza che bisogna distruggere; vi ha sempre una quistione da decidersi dal giudice cui appartiene applicare il dritto al fatto. Non basta dunque il produrre le nullità colle loro pruove, non basta il consenso delle parti stesse ne' fatti articolati, ma è d' uopo che tutto venga discusso e giudicato (*a*).

(*a*) V. Toullier num. 601, 3. e Pothier *tratt. del matrim.* p. 6, c. 1. art. 3.

SEZ. VI.

Degli effetti del matrimonio e delle loro modificazioni.

Gli effetti civili del matrimonio de' quali sinora abbiam parlato e che solo dalla precedente solenne promessa vengono prodotti possono in tre classi dividersi, riguardo cioè ai conjugi stessi, allo stato de' figli, ed ai dritti ed obblighi vicendevoli tra essi e i genitori.

Per analizzare gli effetti civili relativi alla prima classe, ci occuperemo nel paragrafo 1.° dei dritti e doveri de' conjugi, non che dell' autorizzazione necessaria alla moglie; quindi nel 2.° della separazione personale e de' suoi effetti, così relativamente ai conjugi che ai figli nati dal matrimonio.

Per quelli risultanti dalla seconda categoria, parleremo nel paragrafo 3. della legittimità de' figli nati dal matrimonio, e nel 4. della legittimazione di essi per susseguente matrimonio.

Per quelli finalmente della terza ci limiteremo a discorrere in un 5.° paragrafo degli alimenti che scambievolmente si debbono i genitori ed i figli.

§. 1.

De' dritti e doveri rispettivi de' conjugi (*a*).

E gli uni e gli altri sono rinchiusi nel capitolo VI di cui l' ufiziale civile è obbligato a far lettura agli sposi, ed enunciati all' unisono ne' dieci articoli che lo compongono così nel vecchio come nel nuovo Codice. Il primo ricorda ai conjugi il dovere di reciproca fedeltà soccorso assistenza (art. 212 ✝ 201). Il secondo dice che il marito è in dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito; se non che quel-

(*a*) La moglie che non presenti il suo atto di matrimonio, o che non offra la pruova che i registri o non vi sieno mai stati, o che siensi perduti, non può malgrado un concorso di circostanze in suo favore, godere de' dritti di conjuge. (Decis. della corte di Bruxelles del 29 marzo 1806). Il possesso di stato non è necessario dopo un matrimonio legittimamente contratto, perchè esso produca i suoi effetti civili sia relativamente ai conjugi, sia riguardo ai figli. (Decis. della Corte di cassazione del 15 piovoso anno 13. Non si possono reclamare i dritti ed il titolo di conjuge, quando non vi ha in suo favore nè il possesso di stato, nè un atto di matrimonio inscritto sopra i pubblici registri. (Decis. della detta Corte di cassazione degli 11 novembre 1808).

l' *obbedire* dell' art. 213 francese vedesi raddolcito nel nostro art. 202 coll' espressione *dipendere*. Il terzo prescrive alla moglie di seguir dovunque il marito, ed a costui di riceverla presso di se e di somministrarle tutto ciò ch' è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze (214 + 203) (*a*). Tutti gli altri articoli riguardano l' autorizzazione di cui sarà parola quì appresso.

Una modificazione però si è fatta all' art. 217 che qualunque specie di alienazione ed a qualunque titolo proibiva alla moglie, ancorchè non in comunione o separata di beni. Il nostro art. 206 vi aggiunse: » nondimeno sarà valida an» che senz'autorizzazione del marito la donazione che la moglie » farà ad alcuno dei figli comuni o procreati da lei con altro » antecedente matrimonio. » Tale modificazione al principio generale non riguarda che il vantaggio reale dei figli: nè la materna affezione verso di loro dovea rimanere inceppata dall' autorizzazione maritale. Ma se può donare, ella non può vendere i suoi beni ad alcuno dei figli; e se è libera di far donazione a quelli procreati coll' attual marito o a lei provenuti da nozze precedenti, non può fare largizione alcuna ad un suo figliuol naturale. La legge non ha avuto riguardo che al bene dei *figli nati da un matrimonio*. Finalmente essa non potrà esercitare tal dritto che sui proprii beni parafernali, ossia estradotali, giacchè i beni costituiti in dote sono inalienabili, tranne i casi dalla legge permessi.

(*a*) A quello che abbiamo osservato su questo dovere nella nota 147 dell' Autore poche altre disposizioni della giurisprudenza qui aggiungiamo.

1. Sono dovuti alla moglie gli alimenti fuori la casa del marito, quando abbia fatto costare la ragionevolezza de' motivi che l' abbiano indotta ad assentarsene. — C. A. di Lanciano 11 settembre 1817. — CATALANI, 1, 10.

2. La donna il di cui stato di moglie è impugnato dal preteso marito o da' di costui genitori, può aver dritto agli alimenti durante la lite; ma questi debbono essere tassati in proporzione de'bisogni della sola esistenza. — La stessa, 9 marzo 1812. *Ivi*, 1. 13.

3. Il marito, quantunque sia nello stato di fallimento ed in pericolo di essere carcerato può obbligare la moglie a venire ad abitare con lui — Bruxelles 13 agosto 1806. — SIREY, 7. 2. 28.

4. La moglie non può essere costretta ad abitar con suo marito, se non quando costui ha una casa per se, e destinata al suo mantenimento particolare dove possa riceverla secondo il suo stato. — Bruxelles, 11 marzo 1807, e Cassaz. 26 maggio 1808. — *Ivi*, 7. 2. 262 e 1195. — Anzi può abbandonare il domicilio maritale se il marito non ha un' abitazione ed un' economia corrispondenti alle sue facoltà ed al suo stato. — Parigi, 19 aprile 1817. — *Ivi*, 18. 2. 63. . . . Soprattutto quando si tratta di un marito dissipatore ec. — Colmar, 24 gennajo 1812. — *Ivi*, 12. 2. 442.

Per quel che concerne l'autorizzazione del marito, è chiaro non èsser necessaria alla moglie nel testamento che essa far volesse per la potissima ragione, che le disposizioni testamentarie non potendo aver effetto che dopo la morte, vale a dire dopo che la conjugale unione è sciolta, esse in nulla offendono le leggi di questa unione. Ciò è assodato nella giurisprudenza francese (V. Toullier, C. C. Vol. II. n, 621 p. 17). Tra noi espressamente si è disposto coll' art. 215, che si è aggiunto al cap. VI che tratta *dei dritti e dei rispettivi doveri de' conjugi* in questi termini. » La moglie può far testamento senza l' autorizzazione del marito. »

Non è neppure necessaria giusta l' una e l' altra legislazione nè per difendersi nelle cause criminali o correzionali, art. 216 ✝ 205; nè quando eserciti pubblica mercatura, vale a dire un traffico separato da quello del marito, per contrarre obbligazioni per ciò che interessa il suo negozio, art. 220 ✝ 209 (*a*). Ma anche in questo caso, come allorchè non è in comunione, o è separata di beni, la moglie di tale autorizzazione ha mestieri per istare in giudizio (art. 215 ✝ 204). Che se il marito non volesse o non potesse autorizzarla, come nel caso di condanna a pena afflittiva o infamante (*b*) anche in contumacia, d'interdizione, di assenza, o di minore età, può il giudice accordarle la necessaria autorizzazione; e ciò è anche a lei necessario non solo per istare in giudizio, ma benanche per far contratti, tutte le volte che il marito è nella impossibilità di autorizzarla (art. 218 ✝ 207, 219 ✝ 208, 221 ✝ 210, 222 ✝ 211, e 224 ✝ 213). Gli atti della moglie senza tale autorizzazione sono nulli; ma siffatta nullità non può opporsi che dal marito, dalla moglie o dai loro eredi (art. 225 ✝ 214). In tutte queste disposizioni l' uniformità è perfettamente serbata.

(*a*) Gli obblighi che la moglie contrae senza espressa convenzione non hanno egualmente bisogno di autorizzazione per esser validi, poichè esistono per la sola forza della legge. Tali sono quelli senz' alcun fatto di sua parte, e quelli che l' equità sola produce. Allora non in forza dell' atto ch' è nullo, ma dell' obbligo naturale si riscuotono, non permettendo l' equità che alcuno arricchisca a spese altrui, art. 1241 ✝ 1194 e 1312 ✝ 1266.

Essa neppure ha bisogno di autorizzazione per accettare una donazione fatta al suo figlio minore, perchè agendo nell' interesse di costui ella non obbliga se stessa, Toullier, l. c. n.° 630.

(*b*) Nel Codice penale francese si dichiara nell' art. 7 che le pene afflittive ed infamanti sono: la morte, i lavori forzati perpetui, la deportazione, i lavori forzati a tempo e la reclusione, e queste si distinguono dalle sole infamanti. Nelle nostre Leggi penali non vi è siffatta distinzione. Vedi qui appresso.

Ci rimane ora l'obbligo d'indicare le più importanti quistioni sull' autorizzazione maritale risolute dalla giurisprudenza francese e da quella del nostro regno, non trattate dal nostro Autore.

1. L' autorizzazione data dal marito a sua moglie di stare in giudizio, non lo rende personalmente risponsabile delle spese pronunziate contro di essa - Monpellieri, 18 fiorile anno XIII, Sirey, 5. 2. 135.

2. L' autorizzazione data dal giudice alla donna maritata dev' essere *espressa* sul rifiuto del marito debitamente provato. Essa non può essere *implicita*.- Torino, 20 messidoro anno XIII. *Ivi*, 7. 2. 790.

3. La citazione fatta ad una donna maritata senza chiamare il marito a dare la sua autorizzazione, non dà luogo ad una nullità assoluta. Questa ommissione di citare il marito non è che una *mancanza* che può essere corretta con una citazione ulteriore. Corte di cas. 5 aprile 1812. *Ivi*, 13, 1. 8.

4. Quando in appello una donna maritata ha proceduto senza autorizzazione di suo marito o del giudice, la decisione è nulla. - Questo è un motivo di cassazione ancorchè l' eccezione o il motivo non sia stato proposto nella corte di appello. - Cassaz. 7 agosto 1815 - *Ivi* 15, 1, 346.

5. Il difetto di autorizzazione è una nullità relativa agl' interessi della moglie del marito e de' loro eredi, e quando essi non l' oppongono, il giudice non può dichiararla di officio nè a richiesta della controparte. - Allorchè vi sia istanza formale della controparte, i tribunali tenendo per legittimi gli atti antecedentemente formati, possono ordinare anche di ufficio che la donna sia autorizzata per gli atti susseguenti. - C. A. di Lanciano, 19 marzo 1813. Catalani, 1, 53.

6. Perchè la moglie possa stare in giudizio basta la tacita autorizzazione del marito. - La stessa, 31 luglio 1815 - *Ivi* 1, 54, e l'abolita nostra Corte di cassaz. 21 marzo 1816, *Ivi* 3,54.

7. La moglie che agisce come procuratrice di suo marito, e ne presenta il mandato, non ha bisogno di autorizzazione per stare in giudizio, abbenchè il titolo in forza del quale agisce sia a lei intestato. - La stessa, 1 luglio 1816 - *Ivi* 1, 55.

8. L' obbligazione sottoscritta, senza l' autorizzazione del marito, dalla moglie separata di beni, non è radicalmente nulla, potendo aver effetto sui beni mobili della moglie - Cassaz. 16 marzo 1813, Sirey, 14, 160.

9. Il marito è tenuto per le obbligazioni contratte dalla moglie senza l' espressa sua autorizzazione quando questa senz' esercitar pubblica mercatura abbia l' abituale gestione del commercio di suo marito e col suo consenso, specialmente se

l'obbligazione litigiosa sia relativa a questo commercio. - Cassaz. 2 aprile 1822 - *Ivi*, 22, 1, 369.

10. I tribunali di commercio possono incidentemente accordare o negare alle donne maritate, per stare in giudizio, l'autorizzazione che dee supplire quella de' loro marito. - Colmar, 31 luglio 1810, e Bruxelles, 26 agosto 1811 - Ivi, 11, 2, 206; e 12, 2, 262. -

§. 2.

Della separazione personale.

La separazione personale, che modifica gli enunciati dritti e doveri, giustamente fu chiamata il divorzio de' cattolici, i quali tenendo per articolo di fede l' indissolubilità del vincolo sacramentale del matrimonio, non possono ricorrer al mezzo civile del divorzio tra gli acattolici o a di loro riguardo introdotto. Quindi le nostre Leggi civili volendo provvedere alla disgrazia di qualche mal augurata unione che per uno de' conjugi fosse divenuta perenne supplicio, hanno stabilito il rimedio della separazione personale, che può dirsi una imperfetta divisione de' conjugi, occasionata da una delle cause dalla legge ammesse, in seguito di cui son essi sottratti dal dovere di vivere e coabitare insieme. Han dato però alla medesima regole giuste, certe, ed in conformità non meno del dritto chiesastico che di quelle altrove indicate nel caso del divorzio. Noi le esamineremo seguendo lo stesso confronto.

In tre capitoli è questa materia divisa nella prima parte del nostro Codice, e riguardano le cause della separazione, le ragioni che l' escludono, gli effetti che ne derivano (*a*).

Cause della separazione.

Prima causa di separazione è l' adulterio, col quale il colpevole viola il primo de' doveri del matrimonio, *la fedeltà*, base di questo contratto. Lo stesso divin Redentore permise l' abbandono della moglie *ob fornicationem*, che i padri della chiesa al solo adulterio restrinsero; e sebbene i medesimi fluttuarono nell' interpetrare se la separazione permessa da Gesù Cristo fosse totale in modo che nuove nozze concedesse, o

(*a*) Essi formano il tit. VI. separato da quello del matrimonio, che immediatamente lo segue: Noi per serbar solo l'ordine del nostro autore, abbiam dovuto includere la separazione nel Titolo del matrimonio.

parziale cioè che, salvo rimanendo il vincolo del matrimonio, troncasse solo la comunion della vita; pure nella chiesa latina dopo il secolo decimo certa rimase e ricevuta la dottrina che durante la vita de'conjugi neppure per adulterio si sciogliesse il matrimonio (*a*). Finalmente nel sinodo Tridentino furon colpiti di anatema coloro che asserissero errar la chiesa insegnando, secondo l' evangelica ed apostolica dottrina, non disciogliersi il vincolo del matrimonio per l'adulterio (*b*). Quindi venne tra noi stabilito nell' art. 217 che il marito può domandare la separazione per causa di adulterio della moglie.

Sebbene l' adulterio per parte del marito non produca conseguenze così tristi come quello della moglie, non perciò esso è meno causa di separazione quando al delitto riunisca l' oltraggio di mantenere la concubina nella casa comune, art. 218.

Queste stesse disposizioni si trovano nella legislazione francese, la quale riguarda l' adulterio come causa di divorzio, art. 229 e 230.

Ma la pubblicità del commercio che il marito tenesse con una concubina non sarebbe forse equivalente al di lei mantenimento nella casa comune? Non è la stessa la violazione del contratto? Non è uguale e forse anche maggiore lo scandalo e l' oltraggio? Pure temer si poteva che o la fantasia riscaldata o un' indiscreta gelosia della moglie non desse peso a fatti dai quali lungi di emergere l' asserita pubblicità per la pratica abituale con una determinata donna, nascesse piuttosto l' idea della leggerezza del marito, della sua smodata galanteria, o di una corrispondenza momentanea, la quale nulla avesse di stabile, di pubblico, di scandaloso. Quindi la legge nell' art. » 219 viene a stabilire che potrà la moglie domandare col con» siglio di due de' più prossimi congiunti la separazione per » causa di adulterio del marito, qualora lo stesso mantenga pubblicamente una concubina ». Col consiglio di questi congiunti, ch' esser possono o della sua famiglia o di quella del marito, si evitano così delle domande arrischiate le quali menar possono a dolorose conseguenze.

Seconda causa di separazione sono gli eccessi, le sevizie,

(*a*) Cavallaari *Inst. Juris Canonici* part. II. 23. §. 3, e 5.

(*b*) Ecco le parole del can. VII. nelle sess. 24 de Reform. matr. *Si quis dixerit ecclesiam errare, cum docuit et docet, juxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi; et utrumquo, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere; maecarique eum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam quae dimisso adultero alii nupserit; anathema sit.*

le gravi ingiurie di un conjuge verso dell' altro (art. 220); e negli stessi termini li stabilisce il Codice francese per seconda causa del divorzio (art. 231).

Diconsi *eccessi* principalmente quegli atti di violenza ch' eccedono ogni misura, e che possono mettere la vita del conjuge in pericolo. Le *sevizie* sono atti di crudeltà (come l' indica questa voce latina), i quali però non mettono in pericolo la vita (*a*). Ma non è così facile definire le *ingiurie gravi*. Le ingiurie potevano secondo il dritto romano farsi colle mani, o colle parole; le prime eran dette reali, le seconde si classificavano tra le *conviciose* e le semplici; ed in ogni caso potevano essere atroci o atrocissime, secondo le circostanze del fatto stesso, della persona, e del tempo (*b*). Il Codice penale francese par che distinse le calunnie dalle ingiurie; chiamò calunnie le imputazioni date ad un individuo di fatti precisi che, sussistendo, lo avrebbero esposto a procedimenti criminali o correzionali, o anche al disprezzo ed all' odio soltanto de' suoi concittadini (art. 368); e disse ingiurie le espressioni oltraggianti che non contenessero l' imputazione di alcun fatto preciso, ma quella di un vizio determinato, o anche di semplice oltraggio (art. 375 e 376). Or non si rileva per le calunnie la distinzione di gravi o meno gravi se non dalla pena, poichè se il fatto imputato meritasse per sua natura la pena di morte, lavori forzati perpetui o deportazione, il calunniatore va punito con una prigionia di due a cinque anni e con un' ammenda di 200 a 5000 lire: negli altri casi è stabilita la pena di uno a sei mesi di prigionia, e l' ammenda da 50 a 2000 lire (art. 371). Ed in tutti i casi suddetti vi è aggiunta l' interdizione, per cinque anni almeno e dieci al più dal giorno in cui sarà terminata la pena, de' dritti civici civili e di famiglia mentovati nell'art. 42 di detto Codice (art. 374). Per le ingiurie o espressioni oltraggianti, quando avessero il doppio carattere di gravezza e di pubblicità, comminò la pena d' un' ammenda da 16 a 500 lire, e senza questo doppio carattere le pene di semplice polizia (art. 375 e 376). Facile sarebbe il dire che le sole così dette calunnie sieno gravi se parlandosi delle ingiurie non avesse il Codice istesso indicato il caso di *gravezza* in quelle contemplate nell' art. 375.

Maggiore difficoltà si trova nelle nostre nuove Leggi penali. Restituita la voce di *calunnia* al vero senso italiano di *falsa accusa*, si considerò sotto il titolo de' reati contro l' amministrazione della giustizia; e sotto quello de' reati contro i par-

---

(*a*) Toullier, l. c. n.° 672 3.ª ed.
(*b*) L. 1, 7, 15 ff. *de Injuriis*.

ticolari si allogarono le ingiurie. Si definì l' ingiuria « ogni offesa pubblicamente o privatamente espressa con parole, con » gesti, con iscritti, o in altro modo qualunque; purchè abbia per oggetto di far perdere o diminuire la stima di colui » contro il quale è diretta » (art. 365). Essa è punita coll' ammenda correzionale, col primo al secondo grado di prigionia o di confino, secondo la qualità della medesima, secondo le persone, il tempo, il luogo e le conseguenze che » ha prodotte. Può il giudice discender anche alla pena dell' esilio correzionale ne' gradi medesimi, o cumular l' esilio » alla prigione; purchè il tempo della intera pena non ecceda » i due anni. Se però l' ingiuria non risulta che da espressioni » vaghe, da rimproveri indeterminati, e da voci o atti semplicemente indecenti, la pena sarà di polizia (art. 366). » Le ingiurie punibili correzionalmente, quando sono pubblicate colle stampe in figure, in immagini, incisioni, emblemi, o in iscritto o anche senza stampa quando sono pubblicate con pubblici affissi in uno de' suddetti modi prendono » nome di *libello famoso*, e saranno punite col primo al terzo » grado di prigionia o confino, e coll' ammenda correzionale. — » Il giudice può discendere all' esilio correzionale, o cumulare » alla prigionia l' esilio, purchè il totale della pena non ecceda i cinque anni ». Ora con qual mezzo, per quale carattere distintivo saran conosciute e segregate le ingiurie *gravi* da quelle che tali non sono? Eppure vi bisogna questa qualità per ammettersi la separazion personale per causa d' ingiurie.

Intanto bisogna convenire che l' una e l' altra legislazione hanno ben fatto nell' ommettere qualunque distinzione tralle ingiurie (*a*). È questo un reato così multiforme, che dal più leggiero dispiacere può giungere, come dice Bentham, ai più dolorosi tormenti. Bisogna dunque rimetterne alla prudenza del giudice la valutazione. Ma più avvedutamente il nostro legislatore alla saviezza del medesimo ha rimesso benanchè l' applicazione delle varie pene che ha indicate, e la facoltà di cumularle, onde poterle proporzionare all' infinita varietà dei casi, ai mezzi di scusa, ed a quelli molto più numerosi di gravezza. Basta a noi l' osservare che la disposizione dell' articolo 220 abbraccia nel suo spirito tutte le cause che possono scemare l' affezione necessaria per l' intera vita, cioè quelle che impediscono di poter vivere tranquillamente, recando lesione alla

---

(*a*) La decisione de' giudici di appello per ciò che costituisce gli eccessi, sevizie o ingiurie gravi in materia di separazione non può offrire motivo di annullamento. — Cassaz. Franc. 12 febbraro 1806 e 25 maggio 1808 — Sirey, 6, 2, 769 e 8, 1, 412.

sicurezza, al riposo, all' onore. Le offese e gli eccessi (dice Locré sull' art. 231) distruggono la sicurezza, le sevizie privano del riposo, le ingiurie attaccano l' onore. Vi sono dunque compresi tutti i cattivi trattamenti, le percosse, le ferite, le minacce ed ogni altro mezzo di sevizia in modo che *non possit mulieri trepidanti securitas provideri* (*a*). Tali pur sono il disprezzo continuo dimostrato in ogni occasione avanti a persone, domestici, figli eccitati a prendersi beffe della madre (*b*) (poichè è lo stesso che questa infelice muoja di affanno a motivo de' continui oltraggi di cui è abbeverata, o che spiri sotto i colpi del bastone di un marito collerico e brutale); il rifiuto che un marito facesse, anche dopo l' interpellazione del giudice e per sola durezza di cuore verso la propria moglie, di somministrarle in uno stato di malattia le cose più necessarie alla vita (*c*); l' accusa di un delitto intentata calunniosamente (*d*), e simili (*e*).

Si è quistionato nella giurisprudenza francese se le espressioni oltraggianti contro alla moglie scritte dal marito in alcune lettere confidenziali fossero da riputarsi ingiurie gravi nel

---

(*a*) Cap. 13 *extr. de rest. spol.* Merlin. Repert. *separation de corps* §. 1.

(*b*) Pothier, *Tratt. del matrim. n.* 510.

(*c*) Lo stesso l. c. n.° 511.

(*d*) Chi potrà ricusare, diceva il signor d' Aguesseau, ad una moglie falsamente accusata di un delitto capitale, la giusta soddisfazione di separarsi per sempre da un marito ch' ebbe l' animosità di disonorarla con atroce calunnia? Come! La si vorrà costringere a sostenere in tutto il corso della vita la presenza del proprio accusatore? E si vorranno esporre amendue i conjugi a tutte le conseguenze funeste di un consorzio infelice il quale sarebbe un supplizio per l' innocente assai più che pel colpevole? V. Pothier l. c. n.° 512.

(*e*) La lue venerea di cui avesse il marito infetta una moglie di poco buona salute e che perciò si fosse resa incurabile, sarebbe causa di separazione? Generalmente no. Ma se si è voluto comunicar questo male ad oggetto di abbreviar la vita della moglie o per impedirle di esser madre, o per motivo di oltraggiarla, rientra questo ne' casi degli eccessi, sevizie o ingiurie, cui la comunicazione di questo male è servito di mezzo, e quindi è la separazione ammessibile. Veggasi intorno a tal quistione, per l' antico dritto, il comentario a Pothier a questo tit., dove son riportate e l' elegante difesa di Linguet per la moglie, e le conclusioni favorevoli dell' avvocato generale Verges; pel nuovo, veggasi Toullier, l. c. n: 757, le decisioni della Corte di Besanzone del 1 febbraio 1806, e della Corte di Lione del 4 aprile 1819 che l' ammisero come causa di separazione quando vi si riunissero altre circostanze aggravanti (Sirey, 6. 2. 401; e 19. 2. 131, e la decisione della cassazione di Parigi de' 10 febbrajo 1808, nel nuovo Repertorio V. *Separation de corps*.

senso della legge, e *nò* disse la Corte di Metz nel 20 piovoso anno XII, e *sì* quella di Poitiers nel 29 luglio 1806 (Sirey, 4, 2, 101, e 6, 2, 191). Ma la Corte di Digione adottò l'affermativa se le lettere fossero molte ed avessero resa pubblica la diffamazione, 30 piov. anno XIII, *ivi*, 13, 2, 191.

Ma non saranno mai cause di separazione le malattie le più lunghe, anche le contagiose, i mali incurabili, anche la lebbra, l'epilessia, le deformità le più orribili e schifose che fossero sopravvenute all'altro conjuge. Queste sono calamità della natura che affliggono la virtù come il vizio; la volontà dell'uomo non vi ha parte alcuna: esse formano degl'infelici da compiangere non de' colpevoli da biasimare; e gli sposi contraendo la loro unione si promisero di partecipare de' mali di cui fosse piaciuto alla providenza l'affliggerli. *Quid enim tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participes esse?* (l. 22 §. 7 *ff. sol. matrim.*)

Finalmente convien avvertire al caso in cui i cattivi trattamenti usati dal marito siano stati provocati dalla prava condotta, o da sregolamenti della moglie. Non vi è delitto in cui la scusa della provocazione sia così inerente alla sua natura, quanto quello delle ingiurie reali e personali. Base della provocazione, dice Bentham, è un torto anche immaginario, ed a chiunque si riferisca, sia legale o morale, punibile per legge o colla pubblica censura. Quest'eccezione non si trova scritta nel Codice, poichè esso ha lasciato ai giudici, come per lo passato (*a*), la cura di dichiarare se tali cattivi trattamenti, o tali ingiurie, siano o no gravi, avuto riguardo alla educazione che i conjugi ricevettero, o anche ai torti che il conjuge offeso può avere verso dell'altro (*b*).

(*a*) Il giudice, scriveva Pothier l. c. num. 509, rapporto a questa causa di separazione dee riflettere a molte circostanze. 1.° Egli dee aver riguardo alla qualità delle parti. Uno schiaffo o un pugno dato da un marito alla propria moglie, che potrebbe essere una causa sufficiente di separazione tra persone di civile ed onesta condizione, non sarà tale fra persone del volgo, a meno che simili offese non siansi reiterate. 2.° Esso dee considerare se il marito sia giunto a tali eccessi senza o per lieve motivo, o se li commise dopochè sua moglie con oltraggianti discorsi aveva irritata la pazienza di lui. 3.° Per ultimo, se fu in una sola occasione che il marito diede in questi eccessi pria della quale le parti avevano vivuto in buona armonia. Il giudice, secondo le diverse circostanze, debb' esser più o meno facile ad accordare la separazione.

(*b*) Sulla quistione se le ingiurie o cattivi trattamenti provocati dal conjuge, formerebbero la base della separazione, e *sì* disse la Corte di Poitiers nel 10 ventoso anno XI, e *nò* la Corte di Torino nel 25 messidoro anno XII (Sirey, 3. 2. 486, e 5. 2. 23. La Cassazione poi

Se adunque i giudici si limitano a decidere che, nella causa al loro esame sottomessa, la cattiva condotta della moglie o le circostanze de' fatti provati non sono sufficienti, o non hanno il carattere della gravezza necessaria per provocare la separazione personale, la loro decisione non è suscettiva di censura, nè può essere annullata dalla Corte di cassazione; poichè lungi dal contravvenire alla legge, si sono allo spirito di lei conformati (*a*).

Non è soltanto alla moglie adultera che si debbe applicare questa dottrina fondata sulla ragione. Una moglie che si abbandona a trasporti abituali di collera, che si dimentica de'suoi doveri, come se ne videro molte, fino a provocare colle percosse o caricando d' ingiurie il proprio marito, non può querelarsi che questi abbia respinta la forza colla forza, l' oltraggio coll' oltraggio. È ben mestieri che il padre di famiglia, che il magistrato domestico, possa con moderazione unire la forza all' autorità per farsi rispettare nella di lui casa. Spetta ai giudici il decidere se la collera lo spinse tropp' oltre, ed il fare l' applicazione del principio che la moglie non debb' essere ascoltata, a meno che non provi che la vita di lei è in periglio presso il consorte da essa offeso: poichè in tal caso milita a di lei favore la prima di tutte le leggi, quella che comanda a ciascuno di vegliare alla propria conservazione (*b*).

Terza ed ultima causa della separazione personale è la *condanna di uno de' conjugi a pena infamante* (art. 221). La stessa causa è ammessa pel divorzio dalla legislazione francese (art. 232). Ivi però esistevano le pene soltanto infamanti, e furono poi inserite nel Codice penale, che nell' art. 6 dopo d'aver divise le pene criminali in afflittive ed infamanti ed in solo infamanti, indicò nell' art. 8 quest' ultime consistere nella gogna, nel bando, e nella degradazione civica.

Ma che si dirà tra noi ove si osservi non solo aver le nostre nuove leggi penali escluse dal numero delle pene e gogna e bando e civica degradazione, ma coll' art. 1 delle medesime chiaramente proclamato il principio che *nessuna pena è*

---

decise che quelle sevizie eccessi ec. atti a far pronunziar sulla dimanda di moglie innocente e virtuosa, sono insufficienti quando si tratta di ammetterla per una moglie che ha violata la fede conjugale, 14 pratile anno 13—*Ivi* 7. 2. 908.

(*a*) Tale si è la dottrina seguita dalla Cassazione di Parigi specialmente colla decis. de' 14 pratile anno 13 sulle conclusioni del procuratore generale Merlin. V. Repert. voc. *divorce*, sez. 4. paragrafo 12.

(*b*) Toullier, l. c. num. 764, e nelle stesse parole nel cit. comentario di Pothier a questo trattato.

infamante? È vero che vi si aggiunge: *l' infamia nascente da un reato infamante per sua natura o per le sue qualità non colpisce altri che la sola individual persona del reo*: ma ciò nulla vale a sciogliere il dubbio; mentre essendosi fatto uso della voce *reato*, termine generico che abbraccia tutte le violazioni della legge punibili con pene criminali, correzionali e di polizia, non rimane alcun mezzo a distinguere qual sia la violazione infamante per sua natura o per le sue qualità. Potrebbero aversi per tali quegli stessi misfatti che l' abolito Codice puniva colla gogna o col bando o colla degradazione civica (*a*), tutto che siano diverse le pene agli stessi reati inflitte dalle nostre Leggi. Potrebbe pur dirsi reati infamanti essere quelli a' quali è inflitta la pena dell' interdizione da pubblici uffizj, se regolarmente l' autorità maritale potesse tra questi classificarsi. Intanto, e sino a che ciò non sia spiegato, sembra che venga rimesso alla prudenza del magistrato lo stabilire qual sia la pena del reato infamante o per sua natura o per le sue qualità, la condanna alla quale potrà essere causa di separazione.

Questa però non può aver luogo pel solo consenso reciproco dei conjugi, tranne quando la convenzione sia dal tribunale civile omologata (art. 222). Ma nella legislazione francese il consenso scambievole e perseverante de' conjugi nella maniera e sotto le condizioni dalla legge indicati, era una causa perentoria di divorzio (art. 233) ed escludeva la separazione (art. 307).

Pure nell' applicazione del nostro articolo riflettano i giudici a non esser troppo facili nell' accordare tale omologazione senza che valutino prudentemente i motivi che han dato causa a questo reciproco consenso. Trattasi di sciogliere i conjugi da uno de' massimi doveri del matrimonio; *coabitazione* durante la vita e *comunione* di beni (*b*). È rimesso alla prudenza del magistrato il valutare la gravezza delle cause, le quali, se non vuolsi farne materia di pubblico giudizio, sia per decenza, sia per altri riguardi, debbono però esser tali da dimostrare, che la vita comune riesca ai conjugi insopportabile (*c*).

(*a*) Nell' abolito Codice penale francese la gogna s' incorreva ne' delitti previsti negli art. 56, 111, 143, 177 e seguenti, 228 e 263. — Il bando s' incorreva ne' delitti considerati negli articoli 78, 81, 84, 85, 90, 102, 110, 115, 124, 155, 156, 157, 158, 160, 208, e 229. La degradazione civica avea luogo ne' casi contemplati negli articoli 114, 119, 121, 122, 127, 130, 167, 183, 197, e 366.

(*b*) Veggasi quel che abbiamo detto ancora sulla nota 176 del signor Delvincourt pag. 96.

(*c*) La separazione, dice Pothier, l. c. n.° 519, non potendosi

Cause che escludono la separazione.

Dalle cause della separazione passando a quelle che la escludono, la nostra legislazione non ammette che la sola riconciliazione dei conjugi. Prescrive quindi che sarà estinta l'azione di separazione colla riconciliazione de' due conjugi avvenuta tanto dopo i fatti che avrebbero potuto autorizzarla, quanto dopo la domanda della separazione stessa (art. 223). Nell' uno e nell' altro caso la domanda è dichiarata inammessibile. Potrà nondimeno l' attore intentare una nuova azione per la sopravvegnenza di altra causa dopo la riconciliazione: ed allora potrà far uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua domanda (art. 224). Se l' attore nega che sia seguita riconciliazione, il convenuto potrà darne la pruova col mezzo o di scritture o di testimonii (art. 225).

Lo stesso e negli stessi termini è prescritto negli articoli 272, 273 e 274 dell' altra legislazione, ma come motivi d' inammessibilità dell' azione di divorzio per causa determinata.

Effetti della separazione.

Riguardo finalmente agli effetti della separazione, prescrive il nostro articolo 226 che la moglie contro di cui sarà pronunziata la separazione a causa di adulterio, verrà condannata colla medesima sentenza ad essere ristretta in una casa di correzione per un tempo determinato, non minore di tre mesi nè maggiore di due anni, e nell' art. 227 si lascia in arbitrio del marito il sospendere la condanna o l' effetto di essa quando acconsenta di riunirsi colla moglie.

Sono a queste uniformi le disposizioni della legge francese, parlando appunto della separazione personale, negli articoli 308 e 309.

Quì però conviene tener presente ancora le prescrizioni delle nostre Leggi penali. Ivi si dice nell' art. 326: Che l' adulterio non può esser denunziato se non dal marito, ma la moglie convinta (*a*) di questo delitto vien punita col secondo

---

promuovere che per cause gravissime, e non essendo permesso alle parti di separarsi mediante un reciproco consenso, la collusione che può temersi tra la moglie ed il marito, il quale convenga dei fatti da essa prodotti, debbe al giudice impedire di averli come avverati, e dee quindi ordinare la prova quantunque il marito ne sia convenuto.

(*a*) Nè perciò è necessario che il conjuge colpevole sia colto nella flagranza: bastano all' oggetto le presunzioni operanti la convinzione morale. — Bordò 27 febbraio 1807. — Sirey, 7, 2, 163.

al terzo grado di prigionia, e colla stessa pena è punito l'adultero oltre un' ammenda da 50 a 500 docati. Egualmente il marito convinto dietro querela della moglie di aver mantenuta una concubina nella casa coniugale (a) è punito col secondo al terzo grado di prigionia (art. 328). Finito il termine della pena della moglie adultera, il marito non vedendo segni di correzione e di emenda, ha il dritto di farla dimorare per cinque anni in un ritiro. Ma la moglie assoluta o condannata per adulterio in un giudizio penale, non può esser chiamata per sottoporsi a pena per lo stesso fatto in un giudizio civile, e viceversa (art. 327). Però può il marito impedire il giudizio colla remissione che dà alla moglie adultera prima della condanna, la quale giova di dritto anche all' adultero (art. 329); e quando questa condanna sia seguita, può impedirne gli effetti; egualmente che la moglie può impedir quelli della condanna contro suo marito, purchè consentano entrambi di ritornare a convivere insieme (art. 330). La legge civile accorda tal facoltà privativamente al marito, perchè ivi la sola moglie adultera è ad una pena corporale soggetta. La legge penale infliggendola ancora all' adultero nel caso previsto, conveniva che estendesse alla moglie tal facoltà data nell' uno e nell' altro dritto al solo marito.

Per qualunque causa poi abbia avuto luogo la separazione, il conjuge contro al quale sia stata ammessa, perde il dritto a tutti i lucri che il consorte gli aveva accordati sia nel contratto matrimoniale, sia dopo il matrimonio (art. 228); e quegli che l' ha ottenuta conserva i lucri accordatigli dall'altro, quantunque fossero stati stipulati reciprocamente, e la reciprocanza non abbia luogo (art. 229). Se poi i conjugi non avessero stipulato alcun lucro, o se questo non apparisse sufficiente ad assicurare il sostentamento del conjuge che ha ottenuta la separazione, il tribunale può ordinare a di lui favore sopra i beni dell' altro una pensione alimentaria non eccedente il terzo delle di costui rendite, la qual pensione è rivocabile cessando il bisogno (art. 230).

Queste disposizioni medesime si contengono nel Codice francese, ma come effetti del divorzio, negli art. 299, 300 e 301; non già per motivo della separazione. Infatti non solo le donazioni fatte per causa di matrimonio al conjuge contro il quale la separazione personale è pronunciata non sono secondo quella giurisprudenza rivocate di pieno dritto, come nel

---

(a) La cattiva condotta del marito lo rende inammissibile a chiedere la separazione personale per sregolatezza de' costumi di sua moglie. — Cassaz. F. 7 nevoso anno VII. — Sirey, t. 1. 188.

caso di divorzio, ma dippiù il conjuge che ha ottenuta la separazione non può nè rivocarle, nè far pronunciare la loro rivocazione. Egli non ha questa facoltà che per le sole donazioni fatte dopo il matrimonio le quali continuano tanto prima che dopo la separazione ad essere sempre rivocabili, tuttochè donazioni tra vivi (*a*).

Le nostre Leggi con maggiore antiveggenza han dippiù aggiunto che « quando la separazione sia avvenuta per causa » del marito, la moglie riprende tutti i frutti della dote ; e » nel caso che fossero insufficienti al di lei sostentamento, il » marito è obbligato ad assegnarle un supplemento per alimen» ti, colla limitazione dell' articolo precedente (art. 231).

Dopo le provvidenze date sugl' interessi de' conjugi, conveniva che la legge rivolgesse lo sguardo ai figli di siffatto mal augurato matrimonio. Per essi dunque è venuta a prescrivere la regola generale che la di loro cura sarà affidata al conjuge che ha ottenuta la separazione: ma ha lasciato la facoltà al tribunale sulla domanda sia della famiglia, sia del procuratore regio, di ordinare pel maggior vantaggio de' medesimi che tutti, o alcuno di essi, vengano affidati alla cura dell'altro conjuge o di una terza persona (art. 232); ma qualunque sia quella cui vengano essi affidati, il padre e la madre conservano sempre rispettivamente il dritto di vegliare sopra il mantenimento e la educazione di essi, e sono tenuti a contribuirvi in proporzione delle di loro forze (art. 233).

Queste stesse disposizioni han luogo nel Codice francese, ma come un effetto ancora dell' ottenuto divorzio, negli articoli 302 e 303 (*b*).

(*a*) V. Toullier, I. c. n.° 781, 782 e Merlin *Questions de droit* V. *Separation de corps* dove profondamente quest' articolo è esaminato. Noi vedremo nell' ultima sezione la nuova giurisprudenza francese introdotta in seguito dell' abolizione del divorzio.

(*b*) Ecco le risoluzioni della giurisprudenza rapporto alla cura de' figli.

1. Quando durante il giudizio di separazione i figli sono stati affidati alla moglie, e nondimeno il marito se n' è impadronito, i giudici non possono ordinare contro di lui l' arresto personale per obbligarlo a restituirli. — Parigi 27 giugno 1810. Sirey, 11. 2. 489.

2. Pendente il giudizio di separazione personale può il bambino lattante essere rimesso alla cura del padre quante volte le circostanze lo permettano. Lanciano, 20 gennajo 1812. Catalani, 2. 162.

3. La separazione personale autorizza i giudici a privare il padre dell' educazione de' suoi figli per affidarla alla madre. Cassaz. Fr. 28 giugno 1815. — Sirey, 15. 1. 380. — Lo stesso, se i tribunali lo giudicano convenevole fu risoluto dalle Corti di Monpellieri, Riom, Bruxelles, Parigi, Caen ec. Sirey, 6. 2. 7; e 7. 2. 177; e 10. 2. 362; e 488 e 785.

Finalmente convien avvertire che nelle nostre Leggi trovasi soppresso l' articolo 311 del Codice suddetto il quale dichiara che la separazione personale produce sempre la separazione de' beni: non si è voluto che questa fosse una necessaria conseguenza di quella, lasciando alla moglie la libertà di domandarla o no (art. 1413); e per cui nell' art. 1405 si prescrive che la comunione si scioglie tra'conjugi tanto colla separazione personale, quanto con quella de'beni.

§. 3.

Della legittimità de' figli procreati col matrimonio (*a*).

La *legittimità* indica lo stato del figlio nato da matrimonio legittimo: era d' uopo fermare questo principio sostenitore della certezza della paternità; quindi il figlio che nasce in tempo del matrimonio è figlio del marito tosto che fu messo alla luce dalla moglie sua. La natura addita con segni evidenti la madre; impotente ad indicar il padre, ha dovuto supplirvi la legge. Padre quindi essa presume colui che confonde l' esistenza e gli affetti con quella madre, che si è costituito di lei fedele compagno custode e protettore, che le ha giurata una vicendevole fede, e che coabita con lei sotto gli occhi dei proprj concittadini in mezzo a' quali convive (*b*).

Ma questa non è che presunzione (*c*) e ceder debbe alla verità del fatto. Stabilito in tutte e due le legislazioni il termine il più breve della gravidanza in 180 giorni, ed il più lungo in quello di 300, si potrà rifiutare il figlio nato avanti o dopo questi termini, se il padre sia stato, o per lontananza o per qualche accidente nell'impossibilità fisica di coabitar colla moglie (art. 312 † 234). Sebbene nella sostanza concordino i citati articoli, pure ne diversifica la redazione in modo da non trascurarsi. La prima diversità nasce dalla espressione *potrà impugnare* che usa la nostra legge, e *potrà negare di riconoscere* che adopra il Codice francese; eppure vi è ben

---

(*a*) *La paternità e la figliazione* formano un Titolo separato nell' una e nell' altra legislazione, ma siccome quest' oggetto è il principale effetto del matrimonio, così il DELVINCOURT lo ha ad esso riunito, come facciam pur noi in questo trattato.

(*b*) Discuss. sul tit. VII del Codice francese.

(*c*) " Una presunzione, dice TOULLIER, non è che una congettura colla quale si tira da un fatto cognito una conseguenza che rende verisimile un fatto dubbio che si cerca di scoprire. Quando è scritta nella legge essa chiamasi *di dritto*, nè può esser distrutta se non da altra presunzione indicata dalla stessa legge ".

del divario tra il *rifiuto* e la *contestazione*. L'altra è più essenziale, poichè risolve le quistioni se il giorno del termine si computa in esso, e se il giorno cominciato si abbia per compiuto. La nostra legislazione ha diviso in tre parti l'art. 234 che corrisponde all'art. 312 francese. Nella prima sono totalmente concordi. Ma la seconda parte dell'art. francese si è tra noi suddivisa in due; nella prima delle quali si parla del parto tardivo, e si dice: *durante il tempo trascorso di trecento giorni compiti prima della nascita del figlio ec.*; nella seconda poi, ossia nella terza parte del nostro articolo che riguarda il parto precoce, si esprime così: *potrà impugnare la sua paternità se proverà che durante il tempo trascorso dal* 300.° *al* 180.° giorno *prima della nascita* ec. Quì non avendo voluto il legislatore usare l'espressione di 180 giorni compiti, sembra dedursi che nel caso del parto tardivo nascendo la prole nel 300.° giorno, non possa impugnarsi la paternità ove la nascita accada in tutta la durata di tale giorno: nel caso precedente poi dee nascere nel 179° giorno per dirsi precoce: nel 180° non può impugnarsene la paternità. Ecco risoluto che de'300 giorni l'ultimo non basta che sia incominciato tra noi, ma debb'esser compito (*a*).

Ma non potrà il padre ricusar di riconoscere il figlio anche prima del 180.° giorno, se prima del matrimonio fosse stato consapevole della gravidanza, se avesse assistito nella sua qualità di padre all'atto di nascita, se il parto non fosse nato vitale (art. 314 + 236). Ed in generale nol potrà nè allegando la sua naturale impotenza, nè l'adulterio di sua moglie, quando non glie ne sia stata celata la nascita (art. 313 + 235). Ma sarà permesso per altro impugnare (*b*) la legittimità del

(*a*) Veggasi il Corso di studio legale del signor Abruzzese tom. 2. pag. 195.

(*b*) Notisi la differenza tra il *poter ricusare*, ed il *poter impugnare*, di cui fa uso la legge in questo caso. Il signor Toullier, l. cit. impiega l'intera sez. IV. per istabilire tutte le differenze tra il rifiuto e la contestazione, e le conseguenze di queste diverse azioni stabilite dalla legge, e ch'egli a cinque principali riduce: 1. Il rifiuto è particolare al marito: la moglie non ha che l'azione ad impugnare. 2. L'azione del rifiuto è sempre una vera azione petitoria, mancando la quale il fanciullo resta nello stato in cui è nato; la contestazione della legittimità è più spesso un'eccezione che un'azione, è la replica alla domanda. 3. Un termine breve e fatale colpisce il rifiuto; nessun termine fatale può prescriversi alla contestazione della legittimità, poichè spesso non è che la difesa contro l'azione di colui che tenterebbe d'introdursi in una famiglia dov'egli non è nato: e l'eccezione dee durar quanto la domanda. 4. L'azione del rifiuto passa agli eredi del marito ne'casi prescritti, ma solo ad essi, non ad altri, nè a'lega-

figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio (art. 315 † 237).

Dopo queste teoriche, le due leggi concordemente prescrivono come l' azione del rifiuto di un figlio può intentarsi e proseguirsi dal marito o dai suoi eredi (*a*) (art 316 † 238, 317 † 239, 318 † 240).

Stabilita la presunzione legale della paternità fondata sul matrimonio, ed il picciol numero delle eccezioni ch'essa comporta, ambe le legislazioni indicano ai figli legittimi le pruove che debbon somministrare della loro figliazione, e che consistono:

1. Negli atti di nascita inscritti sui registri dello Stato civile (art. 319 † 241), e che fan fede sino a che non sieno attaccati di falso (art. 45 † 47);

2. Nel possesso di stato, che può supplire a questo titolo (320 † 242) quando sia stabilito con una sufficiente riunione di fatti i di cui principali sono dalla legge stessa indicati (321 † 243), la quale similmente ne prescrive le conseguenze (322 † 244);

---

tarj; al contrario la contestazione della legittimità appartiene a tutti quelli che hanno interesse d' impugnarla. 5. La rinunzia espressa o tacita del marito estingue irrevocabilmente l' azione del rifiuto; non è così della contestazione: qualunque sua dichiarazione o rinunzia l' impedisce, ec. ec. Veggasi nell' autore ciò che qui abbiam debolmente epilogato.

(*a*) La legge non concede a qualunque interessato la facoltà d'impugnare lo stato del figlio nato durante il matrimonio, ma ne attribuisce l' esercizio ai soli eredi del marito: Quindi non agli eredi della moglie che non possono avere maggiori dritti di lei stessa, abbenchè abbiano un grande interesse a far dichiarare illegittimo il figlio per succedere alla madre in di lui pregiudizio; nè ai parenti del marito che non fossero suoi eredi, tutto che avessero interesse di escludere il figlio dalle successioni collaterali che potrebbero aprirsi; neanche ai successori del marito se avessero rinunziato alla successione, perchè quest' azione non può passare nelle loro persone che come facendo parte dell' eredità, e perchè essi rappresentano il marito. Lo stesso motivo l'interdice ai legatarj che per evitare la riduzione de' loro legati avrebbero interesse a far giudicare il figlio illegittimo. Quest'azione non spetta che agli eredi. Ma a quali eredi domandano i comentatori? A' soli legittimi sostengono Locré, Dufour e le *Pandette francesi*, e con essi i citati autori de' comentarj tom. 1. pag. 445. Ma perchè questa distinzione? Perchè aggiungere alla legge? Delvincourt, con altro eccesso, ammette gli eredi della madre e tutti quelli che hanno interesse. V. la sua nota 233. Noi ci atteniamo alla legge ed al sentimento di Toullier il quale dice che passa tal azione anche ai legatarj universali o eredi instituiti che rappresentano il defunto, come gli eredi del sangue. (tom. 2, n. 835. 3.a ed.).

nascita, matrimonio o morte, ad oggetto di cambiar lo stato di un individuo (*a*). Quando una querela di falsità si è prodotta coll' inscrizione in falso principale contro uno o più atti di questa specie, e che il processo criminale può servire a dar lumi sull' origine e lo stato di un individuo, bisogna sospenderlo sino a che l' origine e lo stato suddetto siano definitivamente regolati dai tribunali civili: e ciò viene dal principio generale che tutti i reclami di stato sono altrettante quistioni pregiudiziali delle azioni penali che han per oggetto i reati di soppressione del medesimo sia direttamente sia indirettamente.

(*a*) Giova a questo proposito riportare l' arresto della Corte di cassazione di Francia de' 10 messidoro anno 12 in opposizione alle conclusioni del procurator generale Merlin. Un tale Hovet fu imputato di falsità per aver presentato all' ufiziale dello Stato civile e fatto inscrivere nei registri tre de' suoi figli come nati dal suo legittimo matrimonio con *Elisabetta Satis* sua moglie, tuttochè provvenissero realmente dal suo commercio con la donzella *Chouvet* sua concubina. La Corte del dipartimento dell' *Eure* si dichiarò competente per conoscere e giudicar questo misfatto: ma tal decisione venne cassata per violazione dell' art. 327 del Codice civile. Ecco i principali motivi dell' arresto della cassazione: " attesochè se il fatto imputato a Hovet ,, costituisce non solo una dichiarazione mendace, ma un falso caratterizzato che rientra nell' applicazione degli art. 41 e 43 della ,, seconda parte del Codice penale, questa falsità ha per oggetto il risultato di operare una figliazione diversa da quella della legge e della ,, natura, ed in conseguenza una soppressione di stato; che da queste falsità debbono senza dubbio nascere due azioni, l' una civile ,, per far procurare dai tribunali civili la rettifica degli atti, e la restituzione della vera figliazione, l' altra criminale per far pronunciare le pene della legge contro gli autori e i complici del falso ,, che ha prodotto la soppressione di stato: ma che secondo l' art. ,, 327 del Codice civile, questa seconda azione non può essere esercitata, se non dopo il giudizio della prima; che questo articolo è ,, generale ed assoluto per la parte pubblica non meno che per la parte ,, civile; che la sua disposizione si applica benanche principalmente ,, e specialmente alla parte pubblica che solo ha il dritto di produrre ,, ed esercitare l' azione criminale . . . . ; che s' egli è fuori del ,, dritto comune, e se può sembrar pericoloso che tale azione sia così ,, sospesa ed anche eventualmente annientata relativamente ai misfatti ,, che interessano tanto essenzialmente l' ordine sociale, il riposo delle ,, famiglie ha potuto presentare al legislatore delle considerazioni di un ,, interesse ancor più grave; che d' altronde, *non appartiene ai tribunali di apprezzare la saviezza delle leggi*, *essendo loro dovere* ,, *di rispettarle e farne eseguire le disposizioni*: dietro questi motivi ,, cassa, ed annulla ec. ,,. V. Merlin. *Questions de droit ec.* alla voce *question d' état*, §. 2.

§. 4.

Della legittimazione de' figli per susseguente matrimonio.

Legittimare un figlio naturale è legalmente riconoscerlo, e dargli tutti i dritti della legittimità. E questo mezzo che concede la legge ai genitori di riparar lo scandalo che han dato alla società con un illegittimo commercio non si ottiene se non col susseguente matrimonio. Allora *di pieno dritto* s'intendono legittimati i figli nati prima dai coniugi che quindi legalmente si uniscono; ed in ciò la nostra legge differisce dalla francese che adopera le espressioni *potranno esser legittimati*; ma in sostanza l'una concorda coll' altra esigendo la condizione del riconoscimento del figlio fatto prima del matrimonio, o nell' atto stesso della sua celebrazione, e purchè non si tratti di figli incestuosi o adulterini (331 + 253). Sembra dunque che la legittimazione non debba riguardarsi come un effetto necessario del matrimonio, ma come un beneficio che la legge accorda sotto le prescritte condizioni al susseguente matrimonio.

Ma quali saranno i figli *incestuosi?* La legislazione civile dell' uno e dell' altro stato fa spesso menzione di costoro senza definire che debba intendersi per un commercio incestuoso. Invano si ricorre alla legislazione penale di entrambi, che non fa parola dell' incesto, se pure non si volesse comprenderlo sotto il generico nome di *ogni atto turpe o sregolamento d'incontinenza che offenda il pubblico costume* di cui parla l'art. 345 delle nostre Leggi penali. Il Delvincourt definisce i figli incestuosi: *coloro i di cui genitori sono parenti o affini in grado vietato.*

» L' antica giurisprudenza (dice Toullier, l. c. n.° 933)
» distingueva tra i figli nati da consanguinei o affini, quelli
» ne' gradi di cui si potevano ottener dispense, potendo esser
» costoro legittimati dal matrimonio che i loro genitori aves-
» sero contratto dopo le dispense ottenute. Non si trova nel
» Codice alcuna disposizione contraria a questa ragionevole
» distinzione, poichè se l' art. 331 esclude in generale dal be-
» neficio della legittimazione tutti i figli nati da un commercio
» incestuoso, esso non definisce però l'incesto. Ciò non ostante
» il signor Merlin (*Nouveau Repert. V: Legitimation*, pag.
» 764 n. 9) pensa che questa distinzione non può esser più
» ammessa presentemente, e ciò risulta, come egli dice, dac-
» chè l' art. 331 del Codice civile eccettua indefinitamente i
» bastardi incestuosi dalla classe di quei che un susseguente
» matrimonio legittima; dall' altro, perchè non può esservi più

» matrimonio senza dispensa, tra i di loro genitori (*a*) ».

Non è necessario che il riconoscimento in questione sia simultaneo per parte de' due genitori, nè che sia pubblico: la legge non vuole che un riconoscimento legale (*b*).

Questa legittimazione può aver luogo anche a favore de' figli premorti che hanno lasciato discendenti superstiti, ed in tal caso giova a questi ultimi (332 ✝ 254).

L' effetto di tale legittimazione è quello di accordar ai figli che ne sono l' oggetto gli stessi dritti come se fossero nati da quel susseguente matrimonio (333 ✝ 255). Si rifletta all' espressione *nati dal matrimonio*, come se non dai genitori, ma dalla celebrazione di esso avessero tratto il natale, onde conchiudere che la legittimazione non può avere alcuno effetto retroattivo, nè rimonta alla nascita non che all' epoca del concepimento de' figli.

Della legittimazione per rescritto del principe, come quella che non è un effetto del matrimonio di cui qui solamente trattiamo, faremo parola nel seguente Titolo ove de' figli naturali imprende il nostro autore a ragionare.

(*a*) Il signor DELVINCOURT conviene pure col signor MERLIN, e molte altre ragioni vi aggiunge come può vedersi nelle note 269 pag. 138 a questo Titolo e 11 del Tit. seguente. Certo è che la lettera della legge è sì chiara da non ammettere interpetrazione, tutto che par contraria al fine ed allo spirito di essa. In qualunque modo conviene almeno desiderare che questa distinzione si faccia dal legislatore onde non vedere in un matrimonio dispensato ricader tutta la pena del delitto sugl' innocenti frutti di esso. La patria giurisprudenza avea ovviato al rigore delle costituzioni imperiali. *Verum*, dice il nostro GUARANI, (*Inst. Reg.* lib. 1 tit. 7). *passim tradunt doctores, in ea re hodie leges per humaniores mores subactas esse; inspici igitur non oportere invisam parentum venerem, ubi per nuptias vitium sit emendatum. Sane duriusculum esset matrimonio inito ejusdem effectus denegare velle. Humana igitur fictione retrohaendum est matrimonium, quod justum semel evasit.* (Vid. FACCHIN. l. 4 controv. 54 et ALCIAT. parad. l. 3. 12). *Inde fit, ut adulterio aut incestu suscepti liberi apud nos aliquando legitimari possint. Nam post adulterium vel incestum si parentibus justi matrimonii copia facta fuerit, ex incesto vel adulterio suscepti liberi statim post matrimonium legitimi censeri debent.*

(*b*) V. TOULLIER l. cit. ai numeri 927 e 928.

§. 5.

Degli effetti del matrimonio relativi ai dritti ed alle obbligazioni rispettive de' genitori e dei figli.

Eccoci alla terza ed ultima categoria degli effetti del matrimonio, la quale più dalla natura che dalla legge è determinata. È la natura infatti che altamente proclama, come dice il nostro autore, che il figlio debba sempre onorare e rispettare i suoi genitori (371 ✝ 287), e che costoro sono tenuti di nutrire mantenere ed educare i loro figli (203 ✝ 193). La legge non si è occupata che di regolare questi dritti e queste obbligazioni in una maniera precisa; quindi le disposizioni relative alla patria potestà che faran l' oggetto di un Titolo particolare, e quelle che riguardano gli alimenti che i genitori ed i figli scambievolmente si debbono; di cui ci occuperemo in questo paragrafo.

I conjugi col solo fatto del matrimonio contraggono l' obbligazione di alimentare i loro figli. L' uno e l' altro Codice lo prescrive: ma quì si arresta il francese all' art. 203; pure in mancanza de' genitori quest' obbligo si estende agli ascendenti (*a*), e bisognava disporre in qual ordine vi si debba adempire. A ciò appunto si è dato opera tra noi coll' art. 193 il quale stabilisce, che *il padre è tenuto, in primo luogo, quindi l' avo o proavo paterno, ed in sussidio la madre*, graduazione già stabilita da Ulpiano, l. 4. *de agn. et alend. lib* (*b*).

(*a*) Di questa ommissione si lagna Toullier, l. c. n.° 612, poichè i tribunali potrebbero rigettar l' azione alimentaria che s' intentasse da' nipoti e pronipoti contro i di loro avi e proavi senza temere la cassazione della di loro sentenza, mentre non vi sarebbe violazione di alcuna legge; come dice lo stesso Locrè nel suo *Spirito del Codice*.

(*b*) Il signor Apruzzese nel lodato suo Corso tom. 2. pag. 71 ci fa sapere che la Commissione legislativa aveva non solo rapportato l' art. 203 del Codice francese, ma per dimostrare che i genitori erano egualmente tenuti a tale prestazione, avea alla parola *unitamente* sostituita l' altra *ugualmente*. Ma attesa la frequenza delle liti per simil causa tra i conjugi, e non essendo nell' abitudine del nostro regno vedersi la madre convenuta insieme col marito per l' educazione de' figli, si volle dal nostro Sovrano far ritorno all' antica legge romana, che nel corso di tanti secoli era stata strettamente osservata tra noi. Quindi " il nostro Codice non ostante di aver sposato il principio ,, della legge di natura, che *necare videtur non tantum qui partum* ,, *perfocat, sed et is qui alimonia denegat*, come scrisse Paolo, ,, ha però modificato tale principio, e stabilito che la madre sia te- ,, nuta sussidiariamente ,,.

Questo ci conferma nell' idea altre volte da noi assunta che il principio che si ebbe in mira nelle riforme del Codice fu di richiamare

Cosa venga sotto il nome di alimenti significata si era pure nel roman dritto spiegato, l. 5. ff. *de carbon. edict.*; ed è quello stesso che va compreso nelle espressioni di *nutrire mantenere educare*; vale a dire, procurare il bene *fisico* e *morale* de' figli. Sin quì per altro si estende il dritto di costoro quanto all' azione civile: essi non possono, come altra volta presso i Romani, obbligare i genitori a far loro uno stabilimento a causa di matrimonio o per qualunque altro titolo (204 † 194). Ma qui pure tra noi si è migliorata la disposizione francese, eccettuandone la dote necessaria al collocamento delle figlie; quindi si aggiunse, che *la figlia ha dritto di esser dotata dal padre, in diffetto dall' avo paterno, quindi dalla madre.*

La nostra legislazione ha soppresso l' art. 206 del Codice di quel regno riguardo agli alimenti reciproci tra i generi e le nuore e loro suocere e suoceri. Con più saviezza furono tra noi surrogati a costoro i fratelli e le sorelle, i di cui legami, figli della cognazione, son più tenaci di quelli nati dall'affinità; massima riconosciuta benanche dalle leggi romane (*a*), e già dal nostro Re confermata col rescritto de'22 maggio 1779. Però nel prescriversi l' adempimento di questo dovere non si volle alimentar l' ignavia ed il vizio negli altri fratelli e sorelle. Si determinò quindi nell' art. 197 che i *fratelli e le sorelle impotenti a procacciarsi il vitto per vizio di corpo o debolezza di spirito, han dritto a chiedere gli alimenti dai loro fratelli e sorelle.*

Consentono benanche le due legislazioni nello statuire che le obbligazioni risultanti da questo dovere sono reciproche (207 196). Quindi i figli son tenuti a somministrare gli alimenti ai loro genitori, ed agli ascendenti i quali ne siano bisognosi (205 † 195).

Ma questi alimenti non sono assegnati se non in proporzione del bisogno di chi li domanda, e delle sostanze di chi li dee somministrare (208 † 198); e perciò quando quegli che li dà, o quegli che li riceve sia ridotto ad uno stato tale in cui l' uno non possa più fornirli o l' altro non ne abbisogni più, in tutto o in parte, se ne può domandare l' esenzione o la riduzione (209 † 199).

---

in osservanza le antiche leggi romane e patrie. Or lo stesso dritto romano chiamava la madre in sussidio, e non principalmente, nel dovere degli alimenti, come disse Ulpiano, l. 5 §. 2. ff. *de agnosc. et alend. liber.*; nè altra obbligazione le ingiunse fuorchè quella della lattazione e cura nel primo triennio del suo figlio, l. 9. c. *de patr. potest.*

(*a*) L. 13. §. ult. *de adm. et per. tut.* l. 4. *ubi pupillus educare debet.*

La pensione alimentaria debb' essere stabilita in danaro, e fuori della casa di colui ch' è astretto a prestarla; ma se questi giustificando di non poterla pagare offrisse di nutrire e mantenere in sua casa quello cui dee gli alimenti, merita ascolto, e provvida la legge è venuta al suo soccorso. Però la francese rimette alla facoltà del tribunale l' ordinare con cognizione di causa che colui il quale ha giustificato non poter pagare la pensione alimentaria, possa ricevere nella propria casa ed ivi nutrire e mantenere quello cui dee gli alimenti; se non che pei genitori richiede l' offerta del padre e della madre di ricevere nutrire e mantenere in propria casa il figlio da alimentarsi per esser dispensati dal pagamento della pensione alimentaria (210, 211). Ma la nostra legislazione indistintamente ha stabilito nell' art. 200 che *se la persona che dee somministrare gli alimenti giustifica di non poter pagare la pensione alimentaria, il tribunale con cognizione di causa potrà ordinare che la detta persona riceva nella propria casa, nudrisca, e mantenga quello al quale essa deve gli alimenti.*

Nè faccia senso tal differenza ove si tenga presente quel che giustamente la nostra legge ha prescritto nel Titolo *della patria potestà*. Il figlio non può abbandonare la casa paterna finchè soggiace all' autorità de' genitori, il che si estende sino agli anni venticinque qualora non sia emancipato prima, o abbia contratto matrimonio, o viva con casa ed economia separata; e la figlia non può abbandonarla se non quando vada a marito (art. 288 e 290). Non possono dunque costoro esigere la pensione alimentaria fuori della casa paterna, se non quando giuste cause rendessero necessaria ed evidentemente utile la separazione dei figli da' di loro genitori. Vi è quistione nella giurisprudenza francese, se avendo il figlio abbandonato la casa paterna per cattivi trattamenti abbia dritto alla pensione alimentaria: La corte di Nimes con decisione del 12 fruttidoro anno XII sostenne la negativa, e coll' altra del 20 agosto 1807 decise non doversi dal padre giammai gli alimenti al figlio fuori la casa paterna: ma la Corte di Aix fu per l' affermativa nel caso de' cattivi trattamenti fatti al figlio (colla decisione del 3 agosto 1807). Sirey, 5. 2. 13. e 7. 2. 755, e 8. 2. 109. Tra noi è rimesso alla prudenza de' tribunali.

Il nostro autore ha molto bene comentato tutto ciò che riguarda le disposizioni della legge sugli alimenti. Quindi a noi non rimane, secondo l'adottato sistema, che indicare le seguenti altre importanti quistioni sugli alimenti risolute dalla giurisprudenza sia delle corti francesi, sia da quelle del Regno, e non trattate dal nostro autore.

1. Le decisioni de' tribunali sul modo come prestarsi gli

alimenti e sulla loro quantità ne' casi previsti dal Codice civile non sono suscettibili di ricorso per annullamento. — Cassaz. Fran. 14 germile anno XIII - Sirey, 5. 1. 285.

2. I figli debbono gli alimenti alla loro madre, tutto che sia passata a seconde nozze se il nuovo marito non ha mezzi sufficienti per somministrarglieli — Colmar, 5. gennajo 1810 — *Ivi*, 11. 2. 22.

3. Il padre non è dispensato dall' accorrere ai bisogni di sua figlia anche maggiore, e che gli abbia dato motivi più o meno gravi di malcontento; ne può pretendere che per guadagnar la sua sussistenza si metti a servire se la sua nascita ed educazione sono incompatibili collo stato di domestico. — La stessa 7, agosto 1813. — *Ivi*, 13, 2, 377.

4. Il figlio adulterino autenticamente riconosciuto da suo padre ha dritto agli alimenti non ostante l' art. 335+258 del Cod. civ. — Bruxelles 29 luglio 1811 — Sirey, 11, 2, 984, specialmente se fu riconosciuto con testamento olografo. — Cassaz. 28 pratile anno XIII. *Ivi*, 5. 1. 357 ed il riconoscimento con privata scrittura basta a dargli questo dritto. Cass. 28 giugno 1815 - *Ivi*, 15 1. 329.

5. Allorchè i figli sono stati obbligati a dar gli alimenti ai loro genitori, coloro che nulla ricevono dalla successione han dritto a pretendere il rimborso delle somme da essi pagate a titolo di alimenti, dagli altri figli che ritirano profitto dalla successione. — Parigi, 23 giugno 1818 - *Ivi*, 19. 2. 34.

6. Il padre dee gli alimenti al figlio, ancorchè siasi ammogliato senza il di lui consenso. Bruxelles, 19 gennajo 1811. *Ivi*, 11. 2. 317.

Per quel che riguarda la patria giurisprudenza, basta ricordare che la nostra Corte suprema ha adottata in primo luogo la massima che *nel variare la somma degli alimenti dee con precisione indicarsi le circostanze comprovanti lo stato rispettivo del bisogno, e non con vaghe espressioni di circostanze alquanto migliorate, o molto deteriorate* (Collezione delle decisioni ec. tom. 1. num. 52 p. 458).

2 Che *le transazioni stipulate per gli alimenti dovendo valere quanto una decisione diffinitiva, non possono sottrarsi all' azione di rivoca o di riduzione, secondo che colui il quale ha l' obbligo degli alimenti si trovi nel caso di non potere in tutto o in parte adempirli.* Ivi, num. 53, pag. 465).

3. Decise pure che non si possa nel secondo grado di giurisdizione aumentar la tassa degli alimenti stabilita dai primi giudici, ed accettata, se non sia avvenuto cangiamento nello stato del patrimonio e ne' bisogni dell' attore, 2 ottobre 1815, *Ivi*, 58, 503.

4. Che gli alimenti dovuti al figlio naturale sulla successione paterna non sono subordinati alla condizione dell' indigenza. — 9 settembre 1817. — *Ivi*, 51. 434.

5. Che la tassa degli alimenti, quantunque avvalorata dal giudicato è soggetta a variare secondo le circostanze degli alimentarii e degli alimentanti — 10 marzo 1810. *Ivi*, 52. 474.

Una bella quistione ebbe pur luogo nella Corte suddetta, se le decisioni interine che aggiudicano delle somme a titolo di alimenti provvisorj ovvero di spese necessarie a proseguire un giudizio, fossero suscettibili di ricorso per cassazione. L' art. 10 del decreto de' 3 aprile 1812 riputava diffinitive anche quelle sentenze che determinando una quistione incidente o pregiudiziale la decidono in modo da non potersi più richiamare ad esame nella decisione del punto principale: ma l' ultima legge organica de' 29 maggio 1817 avendo detto che le sentenze e decisioni preparatorie ed interlocutorie, tranne quelle riguardanti le competenze, non fossero suscettibili del ricorso presso la Corte suprema di giustizia se non dopo la sentenza o decisione diffinitiva, fece nascere il dubbio sulla quistione proposta; poichè avendo la legge fatta la sola eccezione sulla competenza, implicitamente ha voluto che ogni altro incidente sul quale fosse caduta una decisione irretrattabile non aprisse l' adito al ricorso, se non nell'epoca della finale pronunziazione del giudice. Siffatta quistione fu proposta e discussa nella nostra Corte suprema sul ricorso prodotto dalla principessa di Tricase nella causa con D. Caterina Gallone figlia naturale del defunto principe, che si pretendeva innammessibile.

L' avvocato generale (Barone Parrilli) sostenne allora con dotte conclusioni in tal quistione preliminare che il citato art. 10 del decreto del 3 aprile dovesse servire di comento e d' illustrazione agli art. 114 e 115 della legge organica, e quindi fossero suscettibili di ricorso tutte le decisioni interine che aggiudicano delle somme a titolo di alimenti provvisorj, ovvero di spese necessarie a proseguire il giudizio, perchè decidono della provvisoria somministrazione così definitivamente che il giudice nel profferire sulla quistione principale non può, nel caso che il titolo dell' attore resta escluso, rivenire sulla somministrazione già fatta: nè la legge accorda ripetizione di alimenti consumati, quando anche fosse colla decisione finale svanito il titolo e cessato interamente il dritto dell' alimentario. La Corte suprema non interloquì formalmente sulla detta quistione preliminare, ma tacitamente pronunciando sul merito del ricorso mostrò assentire al voto di quell' egregio magistrato. (Decis. de' 9 settembre 1817; Collez. cit. tom. 1 num. 51).

SEZ. VII.

Dello scioglimento della solenne promessa, e del matrimonio.

§. 1.

Dello scioglimento della solenne promessa.

Abbiamo detto quanto era necessario intorno alla solenne promessa di celebrare il matrimonio, la quale ha quasi tutti i caratteri degli antichi *sponsali de futuro*. Resta ora a sapersi come la medesima si risolvea, e qual ne sia ora l'effetto.

L' uso degli sponsali è antichissimo fra gli uomini, sia che con essi abbiano voluto mostrar maggior rispetto alla verecondia ed alla debolezza muliebre, sia che così veniva a frapporsi riparo agl' inconvenienti de' matrimonj troppo precipitosi. Secondo i diversi costumi de' popoli furono da diverse solennità accompagnati, e, nella chiesa risale pure ad una remota antichità l' uso della loro benedizione. Nacque da ciò l' essersi permesso ai giudici ecclesiastici di conoscere degli sponsali, purchè limitassero il loro esame alla sola validità o invalidità de' medesimi, il loro ufficio a far uso de'mezzi esortativi, ed il loro potere, non a costringere al matrimonio ma solo ad imporre una penitenza a quei che avesse mancato di fede, mancanza tollerata come un danno minore, onde evitare i maggiori mali che cagionar potrebbe un matrimonio forzato (*can. requisivit 17 extr. de spons.*).

Venne ciò confermato colla prammatica XVII *de matr. contrah.* degli 11 dicembre 1780 colla quale l' augusto nostro sovrano stabilì: 1. che il giudizio di esistenza o d' inesistenza degli sponsali, spettar dovesse privativamente al giudice laico; 2. che per costare questa esistenza, dovessero gli sponsali esser contratti innanzi al paroco ed ai testimoni, e col consenso in iscritto de' padri degli sposi, o di coloro che ne sostengono le veci; 3. che si escludesse qualunque giudizio nel foro laicale, o ecclesiastico su pretesi sponsali diversamente contratti; 3 che gli sponsali benchè legittimamente contratti non producessero veruna azione coattiva pel matrimonio; 5. che dichiarati validi gli sponsali dalle curie ecclesiastiche, potessero far uso contro a' renitenti delle canoniche ammonizioni; e queste riuscendo infruttuose, non potessero venire alle censure senza prima con distinta relazione darne parte al Re per ottenerne il permesso; 6. che il consenso paterno negli sponsali si

richiedesse fino all' età di anni 30 compiti de' figli di famiglia se maschi, e se femmine sino all'età di anni 25 compiti, nella stessa guisa che coll' editto de' 10 aprile 1771 fu stabilito nella contrazione delle nozze de' figli di famiglia; e 7. finalmente che non meno i parochi, che le curie ecclesiastiche, *sotto la grave pena della reale indignazione, stessero avvertiti ad osservare questo sovrano editto che è diretto ad evitar le frodi che si commettono, a sostenere la libertà de' cittadini, ed a conservare la pace, e 'l decoro delle famiglie.*

Ora appunto su queste basi sono poggiate le disposizioni delle nuove leggi sullo scioglimento della solenne promessa. Stabiliscono esse il principio che *la promessa di matrimonio in qualunque modo e sotto qualunque condizione fatta non produce civilmente alcuna legale obbligazione, nè per l' adempimento nè per la prestazione di ciò che siasi promesso, nel caso d' inadempimento* (art. 148).

Ecco confermata l' inutilità delle così dette *parole di matrimonio* che davano le parti innanzi pubblico notaro, e degli stessi antichi sponsali solenni fatti *coram parroco et testibus* per riguardo agli effetti civili, poichè non producono alcuna legale obbligazione nel foro esterno. Similmente per non eludere indirettamente il voto della legge, quello cioè di lasciare intera la libertà de' matrimonj sino al punto che non si stringa il nodo indissolubile, si sono richiamate in osservanza le regole del roman dritto (*a*), che non ammettevano stipulazioni di pene convenzionali a danno di colui che non adempisse alla promessa (*b*).

Unica eccezione a questo principio fa nascere la legge dalla *sola promessa fatta innanzi all' ufiziale dello stato civile a termini del capitolo 3. del tit. II.* (ivi); ma neppur questa avrà alcuna forza coattiva pel matrimonio. Per quanto essa sia solenne, per quanto necessaria per la celebrazione del matrimonio, pure *non adempiendosi dalle parti a tale celebrazione non vi sarà civilmente altra azione che pei danni ed interessi* (art. 78). Quindi è che se una delle parti si presenti all' ufiziale dello Stato civile e senza alcun riguardo all'antecedente promessa lo richiegga degli atti civili per dar la sua fede ad un terzo egli non può a dritta ragione negarvisi.

(*a*) L. 1 c. *de spons.*

(*b*) Il patto di una pena assai forte e di una somma vistosa potrebbe angustiare i genitori sino ad indurli a forzare la figlia al promesso matrimonio per lo quale si è poi conceputa avversione, o al meno toglierle la libertà del consenso. Ma qual felice riuscita si può augurare da un matrimonio conchiuso a malincuore, *et metu penae?* V. gli annotatori di TOULLIER, l. c. pag. 414 p. ed.

La legge non dalla solenne promessa ma da un precedente seguito matrimonio fa dipendere un impedimento alle nozze che poscia si volessero stringer con altri (art. 181). E perciò l'ufiziale pubblico non dee rifiutarsi alle premure della parte che ha voluto recedere dalla precedente promessa per darne un'altra, non potendo crearsi un impedimento là dove la legge pel favore dovuto alla libera contrazione del matrimonio ha stimato di non imporne (*a*).

Ma la parte cui si è mancato indebitamente di fede, se non ha la facoltà di opporsi perchè l' altra contragga nuova promessa di nozze con persona diversa, ha però quella di essere di tutto indennizzata: per cui la legge dichiara che la suddetta solenne promessa *darà luogo in caso d' inadempimento alla rifazione del danno a pro della persona che non abbia dato ragionevole motivo a recederne* (art. 141).

Or quali saranno questi ragionevoli motivi che dan dritto all' uno o liberano l' altro dall' ordinata indennità? A lungo questa materia si è trattata dall' insigne Pothier e dai nostri canonisti Fimiani e Cavallari. Noi ne percorreremo rapidamente i principali, attenendoci al dritto ricevuto su questa materia.

1. Quando le parti abbiano lasciato scorrere il tempo nel quale la promessa di matrimonio avrebbe dovuto adempirsi, il mutuo consenso di recederne si riputerà tacitamente prestato(*b*).

2. La lunga assenza di una delle parti, rimanendo al giudice il valutarne la durata, i motivi che la produssero e le circostanze di colui che intende di essere senza veruna indennità dalla promessa disobbligato (*c*).

3. L' impegno anche privato, contratto da una delle parti con un terzo, è un motivo di discaricar l' altra della sua obbligazione (*d*).

4. Una malattia grave, una deformazione, qualche infamia, ed un impensato rovescio di fortuna; in una parola ogni mutazione delle prime circostanze, quando però sia tale che se si fosse preveduta non avrebbe determinato le parti ad impegnarsi (*e*), ed a meno che dopo tal mutazione avvenuta le parti si fossero frequentate ancor come sposi: in tal caso sussisterebbe una tacita rinunzia al dritto di disfarsi dagl'impegni contratti (*f*).

5. La professione monastica di una delle parti, o la pro-

(*a*) *Comentarj sulla prima parte del Cod. civ.* tom. 1. pag. 288.
(*b*) Cap. 22. *extr. de spons.*
(*c*) Merlin, repert. V. *fiançailles.*
(*d*) Pothier, l. c. part. 2. art. 7.
(*e*) Cap. 25. *extr. de jurejur.* Cavallari, l. c. p. 2. cap. 26.
(*f*) V. i comentarj cit. delle nostre Leggi civili tom. 1. p. 290.

mozione del futuro sposo agli ordini sacri (a).

Finalmente la legge dichiara che *la copia legale dell'atto di solenne promessa è il titolo con cui sarà promossa in giudizio l'azione del danno* (art. 149). Quest'azione non discorda da quella nascente dagli altri contratti, e perciò soggiace alle stesse regole prescritte negli articoli 1103, 1104, 1105 delle nostre Leggi civili. È qui però da osservare col sig. Malleville, che sotto nome di danni ed interessi non possono includersi i vantaggi che taluno avrebbe avuti, o sperava di ottenere mercè la celebrazione delle nozze. Questi vantaggi non sono da porre a calcolo tostochè dovean risultare da un atto che la stessa legge, vietando ogni cognizione di causa, implicitamente dichiara essere in libertà delle parti di ultimare, o no.

§. 2.

Dello scioglimento del matrimonio.

Il matrimonio dal Creatore instituito, nella legge mosaica confermato, ed alla dignità di sacramento nell' evangelica legge elevato, quando sia validamente contratto, è vincolo indissolubile. Quel che Dio congiunse l'uomo non può disunire. *Perpetuum indissolubile nexum* chiamollo il sacro tridentino concilio.

Quando non sia validamente contratto può dalla ecclesiastica potestà disciogliersi, e ciò ha luogo in tutti i casi detti dirimenti nel canonico dritto (b).

A noi basta ricordare il principio generale stabilito dalla nostra legge, che il matrimonio dichiarato nullo dalla potestà ecclesiastica non produce gli effetti civili, se non nel caso del matrimonio putativo.

Quando dunque in questa sezione si parla dello scioglimento del matrimonio, non s' intende che di quello sciolto senza l' intervento della potestà suddetta la quale ha il dritto

---

(a) Van-Espen *jur. eccles.* par. 2. tit. 12 *de spons.* Merlin l. c. Cavallari, l. c.

(b) *Dirimentia impedimenta quindecim numerantur quae continentur subsequentibus versiculis:*
Error, Conditio, Votum, Cognatio, Crimen,
Cultus, Disparitas, Vis, Ordo, Ligamen, Honestas,
Amens, Affinis, si Clandestinus, et Impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto.
Haec socianda vetant connubia, facta retractant.
Juvenin l. c. *Quest. VII. Cap. I.*

di stabilire gl' impedimenti derimenti, e dispensarvi (*a*).

Tre cause di scioglimento di matrimonio stabiliva la legislazione francese: il divorzio, la morte naturale; la morte civile (art. 227).

Il divorzio, come dicemmo, venne abolito tra noi sin dal 1815, ed astrazion fatta dalle idee religiose, era ciò reclamato da motivi gravissimi di ragion pubblica (*b*), come quello che fomentava la licenza, proteggeva l' incostanza, e tutte contrariava le domestiche e pubbliche istituzioni; nell' atto che il matrimonio a vita può dirsi il matrimonio il più naturale, il più adatto ai bisogni ed alle circostanze delle famiglie, ed il più favorevole agl' individui per la riproduzione della specie umana.

Il divorzio venne ancora abolito in Francia colla legge degli 8 maggio 1816. Essa dispose:

1. Che tutte le domande ed istanze di divorzio per cause determinate fossero convertite in domande ed istanze di separazione personale, e che le sentenze e decisioni rimaste senza esecuzione per non essersi ancora pronunciato il divorzio dall' uffiziale dello Stato civile uniformemente agli articoli 258, 264, 265 e 266 del Codice civile fossero ristretti agli effetti della separazione.

2. Che tutti gli atti fatti per ottenere il divorzio per reciproco consenso fossero annullati, a che le sentenze e le decisioni rese in questo caso, ma non seguite dalla pronunciazione

---

(*a*) Can. III, e VI. del conc. trid.

(*b*) Ecco come spiegò questi motivi il signor Portalis, benchè in un' epoca in cui la licenza e le innovazioni riscaldavano in Francia le menti dell' universale: " Tutte le virtù sociali hanno la loro
,, più solida base nelle virtù domestiche, e i costumi della famiglia
,, formano alla fine quelli dello Stato. Quai disordini dal divorzio!
,, Quante famiglie desolate! Qual confusione nella società! I fratelli
,, nati da diversi matrimonj sciolti tosto che formati, non si riconoscerebbero più fra di loro. Le mogli, con rapida successione pas-
,, sate nelle braccia di più mariti, non apparterrebbero propriamente
,, ad alcuno. Una sorta di comunanza e di promiscuità civile, degra-
,, derebbe la specie umana, facendola preda di passioni violenti dalle
,, quali verrebbe infine guasta e consunta. I figli quasi estranei agli
,, autori de' loro giorni. Questi ignari della loro famiglia. I nomi di
,, padri, figli, sposi non ricorderebbero più i teneri affetti che vi-
,, vanno congiunti. Scomparso tutto ciò che vi è di umano nel cuore
,, dell' uomo, svanita qualunque moralità, i delitti sbucciati ratta-
,, mente dai vizj, noi non riconosceremmo più le nostre relazioni che
,, dalle sventure e da' mali che ci opprimerebbero; e in mezzo alle
,, nazioni incivilite la nostra intera esistenza sarebbe, per dir così,
,, un pubblico scandalo ,,.

del divorzio fatta dall'ufiziale dello Stato civile, dovessero considerarsi come non avvenute, conformemente all' art. 294.

Due cause di scioglimento rimangono ora in Francia pel matrimonio: lo morte civile e la morte naturale.

Quella è anche nel regno abolita; qualunque condanna che ne ritenesse gli altri effetti non potrebbe mai produrre quello dello scioglimento del vincolo matrimoniale; nè potrebbe considerarsi che come una disgrazia pel conjuge innocente al pari dell' assenza, della malattia, dell' impotenza sopravvenuta e di altri vizi che anche più dolorosamente lo privano de' piaceri del matrimonio, e della speranza di riprodursi ne' figli.

Non rimane dunque tra noi altro mezzo di scioglimento indipendente dall' autorità ecclesiastica che la sola morte naturale da cui tutto quaggiù è disciolto. Vien perciò stabilito nell' art. 216 delle nostre Leggi civili che *il matrimonio si discioglie per la morte di uno de' conjugi*: il che non abbisogna di comento veruno.

TITOLO VII.

DEI FIGLI NATURALI.

Figli naturali si dicono generalmente quelli che sono stati concepiti fuori del matrimonio (1).

Si dividono in tre classi: gli adulterini, gl'incestuosi ed i figli naturali propriamente detti.

I figli adulterini sono quelli di cui il padre e la madre, ovvero l'uno di essi, erano nell'epoca del concepimento impegnati in legami matrimoniali con altra persona (2).

Incestuosi chiamansi quelli di cui il padre e la madre sono fra loro parenti o affini in grado proibito (3).

I figli naturali propriamente detti son quelli che non possono porsi in veruna delle classi mentovate (4).

---

(1) *Concepiti* e non *nati*. Non è necessario d'esser nato nel matrimonio per esser legittimo, poichè il fanciullo nato ne' 299 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, è legittimo (art. 315 † 237). E reciprocamente, un fanciullo può esser nato nel matrimonio e non esser legittimo; se, per esempio, egli è nato prima del 188.° giorno del matrimonio. È dunque evidente che dall'istante del concepimento, calcolato dietro quello della nascita, bisogna muovere per decidere se il commercio da cui nacque il fanciullo sia o no illegittimo.

(2) In tal modo il fanciullo nato durante il matrimonio e dallo stesso commercio de' due conjugi, può essere adulterino. Per esempio: " Pietro vedovo da due mesi, sposa Giovanna gravida per opera di lui, ,, e che si sgrava due mesi dopo del matrimonio. In questo caso l'epoca ,, del concepimento risalendo due mesi almeno innanzi allo scioglimento ,, del primo matrimonio di Pietro, il fanciullo è adulterino, e non ,, può giammai in conseguenza divenir legittimo, nè esser nemmeno ,, riconosciuto legalmente ,,.

(3) E ciò quand' anche avessero dipoi ottenuto la dispensa per maritarsi. Il di loro commercio non era meno incestuoso nel punto del concepimento; e noi abbiamo dimostrato sull'articolo 331 † 253, che i figli che ne provenivano, non potevano a' termini del detto art. esser legittimati per susseguente matrimonio.

(4) In una precedente edizione io aveva definito questa specie di figli: coloro i di cui genitori potevano senz' alcuno impedimento contrarre insieme matrimonio all'epoca del concepimento. Ho creduto dover cambiare questa definizione, e sostituirvi l'altra che qui si trova, poichè si possono dar de' casi, rari bensì, ne' quali de' figli nati di padre e madre che non avrebbero potuto maritarsi insieme all' epoca del concepimento, dovrebbero, almeno a mio avviso, essere riguardati come figli puramente naturali. Io pongo in questa classe il figlio nato da due persone una delle quali era morta civilmente all'epoca del concepimento, il figlio nato dopo promulgato il Codice da due conjugi divorziati, ec., ed altri simili.

La presunzione della paternità risultante dal matrimonio non potendo aver luogo riguardo ai figli naturali, ne deriva che il loro padre agli occhi della legge è incerto sino a che non li abbia espressamente riconosciuti (5).

Questo riconoscimento debb' essere volontario. Qualunque atto che tendesse a forzarlo è rigorosamente proibito (6), fuorchè nel solo caso del rat-

---

(5) Bisogna eccettuare intanto il caso in cui il fanciullo concepito prima del matrimonio di sua madre è nato dopo la celebrazione. Noi abbiamo veduto infatti al Tit. *del matrimonio* che non ha bisogno di essere riconosciuto espressamente: basta che non venga rifiutato.

(6) Il motivo di questa disposizione è stato, come si dice nel discorso con cui fu presentato il progetto al Corpo legislativo: " Che le indagini ,, della paternità esponevano i tribunali a'dibattimenti i più scandalosi, ,, a'giudizj i più arbitrarj, alla giurisprudenza la più variabile; che l'uomo ,, la di cui condotta era la più pura, quegli stesso i di cui capelli si eran ,, fatti canuti nell'esercizio di tutte le virtù, non andava esente dall' at- ,, tacco di una donna sfacciata, o di figli che gli erano estranei; che ,, un tal genere di calunnia lasciava sempre dispiacevoli tracce; in ,, una parola, che le indagini sulla paternità erano riguardate come ,, il flagello della società ,,. Avremo forse occasione di ritornare su questi differenti motivi (*a*).

Quid se un uomo ha riconosciuto un figlio naturale in seguito di procedure dirette contro di lui? Come in virtù del Codice non si può temere l' effetto di simili procedure, si dee riguardare il riconoscimento che ha avuto luogo come puramente volontario, ed unicamente dettato dal desiderio di rendere omaggio alla verità; esso dee dunque esser giudicato valido.

L' art. 340 † 263 benchè molto chiaramente redatto, ha intanto dato luogo a grave difficoltà sulla quale le opinioni rimangono ancora discordi.

Si conviene, in generale, che in virtù di quest' articolo la paternità

(*a*) *Le indagini sulla paternità così facilmente ammesse nell'antico dritto erano riguardate come un flagello della società. Per una disgraziata, dice* Toullier, *che reclamava de' soccorsi a nome ed a spese dell' onore, mille prostitute speculavano sulla pubblicità dei loro disordini, cercando un padre al figlio che venti padri potevano reclamare, e scegliendo sempre il più onorato e 'l più ricco per tassare il proprio silenzio colla tassa dello scandalo.*

La legge de' 12 brumale an. II. fece cessare questi abusi ordinando che la pruova del possesso di stato de' figli naturali non potesse risultare che dalla esibizione di scritture pubbliche o private del padre, o della madre; o dalla serie delle cure somministrate con la qualità paterna, e senza interruzione, così pel di loro mantenimento, come per la loro educazione. Il Codice civile è andato anche più in là, come vedemmo, nell' art. 340.

non può essere ricercata che in nome e nell' interesse del figlio. Ma non potrebbe ricercarsi contro di lui? Così, l' art. 908 † 814 vieta ai genitori di accordare ai loro figli naturali al di là della porzione che loro spetta *ab intestato* per l' art. 757 † 674. Il padre di un figlio naturale, nell' intenzione di eludere questo dettato, non lo riconosce, e l' istituisce suo legatario universale. Lo stesso può accadere al figlio adulterino o incestuoso, che non può esser riconosciuto. Gli eredi legittimi del testatore potrebbero esser ammessi a pruovare la paternità, e far ridurre così la porzione del figlio a ciò che gli è assegnato dalla legge? Si giudicò negativamente in cassazione il 14 maggio 1810 (Sirey, 1810, 1. par. p. 272), il 14 maggio 1811 (*Gior. della giurisprud. del Cod. civ.* tom. XVI pag. 442), ed il 17 decembre 1816 (Sirey, 1817, 1. par. p. 191).

Malgrado queste decisioni che sembrano annunciare una giurisprudenza bene stabilita, io ardirò di elevare ancora qualche dubbio, e vado a sviluppare i motivi della mia incertezza a questo riguardo.

Nel pronunciar questi arresti i giudici si appoggiarono fortemente sul testo dell' art. 340 † 263, *le indagini sulla paternità sono vietate.* Ciò è generale, si disse, e non ammette veruna eccezione. Ma si sa che in fatto d' interpetrazione delle leggi debbono applicarsi le regole stabilite per l' interpetrazione delle convenzioni. Or la prima regola a questo riguardo si è, che bisogna piuttosto ricercare l' intenzione che arrestarsi al senso letterale de' termini. L' intenzione del legislatore sta evidentemente espressa nei Motivi. Che altro ha egli voluto se non *porre l uomo onesto e di una condotta illibata a coverto dagli attacchi di una donna sfacciata, e di figli che gli sono estranei?* Non sono dunque se non le indagini provocate dalla madre o dai figli ch'egli ha inteso proscrivere, e non già quelle che potrebbero aver luogo contro del figlio stesso, per privarlo de' vantaggi che si potrebbero assicurargli in frode della legge.

Una seconda regola d' interpetrazione si è che tutti gli articoli di una legge, come tutte le clausole di una convenzione, debbono esser spiegati gli uni per mezzo degli altri. Or se l' art. 340 sembra concepito *impersonalmente* ed in modo generale, non è poi lo stesso dell' articolo 342 † 265. L' oggetto di quest' ultimo articolo è di stabilire, che le indagini sulla paternità o sulla maternità non possono aver luogo ne' casi in cui il riconoscimento non è ammesso, cioè qualora il figlio è adulterino o incestuoso. Or in quest' articolo il legislatore si è forse servito, come nel 340, dell'espressione impersonale, *le indagini sulla paternità sono interdette?* No. Egli ha detto solamente: *il figlio non sarà ammesso*, ec. Egli ha dunque in questo caso inteso di proibire le indagini sia sulla paternità sia sulla maternità al figlio solo e non alle altre persone che vi hanno interesse. Bisogna dunque convenire che almeno nei casi preveduti dall' art. 342, cioè quando il figlio è attaccato come incestuoso o adulterino, la legge non vieta di pruovare contro di lui la maternità o la paternità. Dunque in virtù dello stesso art. 342, l' art. 340 non debb' essere inteso nel modo generale che sostengono i partigiani del sistema che combattiamo. È anche probabilissimo che il legislatore aveva in mira l' art. 342 quando ha compilato l' art. 762 † 678 il quale stabilisce che i figli adulterini o gl' in-

cestuosi non possono reclamare che gli alimenti. In fatti a qual titolo potrebbero essi poggiare tale dimanda, se la paternità o la maternità non potevano essere ricercate nè da essi nè contro di essi, e se d'altronde non possono prendere argomento neppure da un riconoscimento volontario, come è stato giudicato da molti arresti che saranno citati nel corso della presente nota.

Terza regola d'interpetrazione. Allorchè una disposizione della legge presenta due sensi, in uno de' quali essa sarebbe contraria alle disposizioni di altre leggi civili, e tanto più alle disposizioni le più sacre del dritto naturale, si dee piuttosto intenderla nel senso che non offre alcuno di questi risultamenti. Or se l'articolo 340 è inteso di un modo assoluto, ne seguirà:

1.° Che l'incesto avrà pubblicamente luogo e notoriamente, senza che alcuna autorità possa prevenirlo o impedirlo. Il padre potrà sposare quella che pubblicamente è conosciuta per sua figlia, e il fratello la sorella; basterà per ciò che non vi sia stato riconoscimento. Poichè come impedire il matrimonio senza indagare la paternità?

2. Che il figlio adulterino ed incestuoso si troverà in una situazione ben più favorevole del figlio naturale propriamente detto, il quale dalla legge è molto più favorito. Poichè se supponiamo che quest'ultimo è istituito legatario universale da sua madre, si potrà in virtù dell' art. 341 indagare contro di lui la maternità, ad effetto di ridurlo alla parte di cui la madre poteva disporre in suo favore, mentre che ciò sarà impossibile a' termini dell'art. 342 se sia adulterino o incestuoso. Perciò in virtù di questi principj si è giudicato a Parigi il 13 agosto 1812, che la parte disponibile aveva potuto esser data ad individui dal donatore riconosciuti per suoi figli adulterini, e ciò sull'appoggio che questo riconoscimento essendo nullo, non poteva loro essere opposto. Si è ricorso contro questa sentenza, ed il ricorso è stato rigettato con arresto del 28 giugno 1815. (Sirey, 1815, 1. par. p. 329). Or se que' figli fossero stati semplicemente naturali, il riconoscimento sarebbe riuscito valido, e la donazione per conseguenza riducibile: io lo domando, che dee pensarsi di una interpetrazione che conduce a conseguenza di tal natura? Veggasi parimenti (*ivi*, 1819, par. 2, p. 153) una decisione della Corte di Digione del 29 agosto 1818, che giudicò potere il figlio riconosciuto nel suo atto di nascita dalla madre non maritata, e dal suo padre casato con altra donna, reclamare la parte a lui spettante come figlio naturale, nella successione della sua madre, e ciò attesa la nullità del riconoscimento del padre.

Intanto io devo soggiungere, in onor del vero, che la Corte di Nancy avendo annullata un'adozione ed una donazione fatta in favore di un figlio adulterino il di cui stato non era provato che per mezzo del riconoscimento di suo padre, il ricorso contro questa decisione fu egualmente rigettato il 23 dicembre 1816. (*Bullet.* 1817 n. 10). Egli è vero che in questo caso il riconoscimento aveva avuto luogo prima del Codice, ma però in un'epoca in cui le leggi civili erano ancora assai più del Codice favorevoli ai figli naturali di ogni specie.

3.° Infine che non vi sarà cosa più facile per l'avvenire che di eludere tutte le precauzioni prese dalla legge per impedire che gli eredi legittimi non siano spogliati interamente per arricchire i figli del delitto. Basterà non riconoscere questi ultimi.

Si parla de' risultamenti scandalosi cui le indagini sulla paternità possono dar luogo, de' sagrificj che il timore di simili indagini può imporre alle oneste persone. Ma prima di tutto, egli è molto dubbio che simili procedure siano state sovente dirette contro persone di virtù esemplare, e d'intatta riputazione: gli attori avrebbero mostrato assai poca destrezza. Egli è certo al contrario che queste specie di azioni erano quasi sempre intentate contro di uomini di più che equivoca fama, e l'irregolare condotta de' quali somministrava la più grande probabilità alla domanda. D' altronde, se tale fosse stato effettivamente il motivo dell'art. 340, perchè l'art. 341 † 264 permette le indagini sulla maternità? Non possono forse risultarne gli stessi inconvenienti? Non sono forse tanto più dispiacevoli, quanto più è delicata la riputazione di una donna, e più facile ad esser macchiata? Ma si è detto: egli è possibile di pruovar fisicamente la maternità, laddove la pruova fisica della paternità è impossibile. Ma si faccia attenzione che qui si tratta solamente dello scandalo che questi processi possono produrre; or sotto tai rapporti, una donna ha ella meno da temere un processo scandaloso? E se si è potuto, come i partigiani del sentimento contrario lo pretendono, formare delle domande di paternità prive di ogni fondamento contro di uomini di un esemplare virtù, unicamente per costringerli a qualche sagrifizio, perchè non s' impiegherebbero gli stessi mezzi rispetto ad una donna di condotta irreprensibile? Non ha forse essa da temere più fortemente ancora la terribile arma della calunnia la quale sa così ben profittare delle più leggiere circostanze, e che la più solenne decisione non giunge a disarmare? E se poi ella è maritata ad altra persona, diversa da quella che dicesi essere il padre del fanciullo, (poichè il Codice non fa distinzione) non sarà orribile il di lei stato? E non si crederà precisamente in questo caso obbligata principalmente a fare tutt' i possibili sagrificj onde riscattare la sua pace e la felicità domestica? La sua situazione non è mille volte più penosa di quella del padre? Poichè, bisogna dirlo, nei costumi attuali qual è quell' uomo che credasi disonorato per aver data la vita ad un figlio naturale? Ed intanto se non si è temuto di ammettere le indagini sulla maternità, se si è pensato che l' interesse del figlio, e quello delle famiglie potevano vincere tutte queste riflessioni, le quali nulladimeno sono di una gran forza, perchè ogni volta che l' interesse de' costumi e delle famiglie lo esige imperiosamente, non si ammetterebbero le indagini sulla paternità, i di cui risultamenti, come si è dimostrato, sono infinitamente meno pericolosi?

In vero, queste indagini erano nel vecchio dritto ben lungi dall'avere lo stesso effetto che attualmente otterrebbero. Siccome il figlio naturale riconosciuto non aveva alcun dritto alla successione de' suoi genitori, ma solo agli alimenti, si poteva esser più facile sopra questa specie di domande. Perciò, nell'attual legislazione che concede dritti molto più estesi al figlio naturale, si può ammettere la disposizione dell'art. 340 † 263, nel senso ch' essa interdice al figlio ogni indagine sulla paternità. Ma non si deduce da ciò in alcun modo, che questo istesso figlio possa abusare di una disposizione diretta unicamente contro di lui, per appropriarsi de' vantaggi che la legge vieta nel modo il più espresso. Si parla della impossibilità di pruovare la paternità; prima di tutto non vi ha forse il possesso di stato, il quale secondo l' avviso de' re-

dattori del Codice, è la pruova la più robusta e la più solenne, allorchè riunisce *nomen*, *tractatus et fama*? Inoltre quale inconveniente vi sarebbe dunque a conformarsi su questo punto al sistema adottato dagli antichi tribunali? Essi facevano risultare la pruova della paternità da quella del concubinato. Si dirà, non esser questa che una presunzione: ciò è vero; ma la legittimità de' figli concepiti nel matrimonio è forse fondata su di altro che sopra una presunzione, la quale anzi in più circostanze è ben lungi dalla verità? Supponiamo infatti l'uomo il più onesto, marito di una donna libertina. Quand' anche i giudici fossero pienamente convinti come uomini che non vi abbia avuta fra i coniugi alcuna specie di coabitazione, e che i figli sono in conseguenza il frutto dell'adulterio, essi non esiteranno intanto a dichiararli legittimi, per la sola ragione che non è impossibile che il marito abbia cooperato al loro concepimento. Su questa sola presunzione, essi saranno forzati a lasciare introdurre nella famiglia dell' infelice marito estranei figliuoli. Si è veduto parimenti, e doveva esser così, la madre condannata come adultera, e 'l figlio da lei partorito, dichiarato legittimo sulla sola presunzione che poteva esser figlio del marito. E si temerebbe poi d'impiegare la stessa presunzione contro l'uomo il di cui libertinaggio è provato? Come se al contrario non se gli dovesse applicare il principio rammentato da Pothier su di un' altra quistione, ma che perfettamente corrisponde alla presente: *dandi operam rei illicitae, imputantur omnia quae sequuntur praeter voluntatem ejus*?

E quale inconseguenza si troverebbe in questo raziocinio? Il libertino, l'adultero, sono certamente meno favoriti del marito; ed intanto si attribuisce al marito il figlio della moglie adultera, tutte le volte che sia possibile esservi stata coabitazione. Perchè dunque si ricuserebbe di attribuire al libertino o all' adultero di cui il delitto è provato, il fanciullo nato dalla donna con la quale egli viveva in vietato commercio nell' epoca del concepimento, soprattutto allorchè si tratta di prevenire la violazione delle disposizioni le più sacre delle leggi naturali o civili? D' altronde le indagini sulla paternità sono una salvaguardia pei costumi. Se l'uomo che vive in iscandaloso commercio non ha a temere alcuna delle conseguenze che possono risultarne, credesi forse ch' egli sarà più disposto a rinunciare alle sue cattive abitudini? S'egli può assicurare al frutto del suo delitto la totalità de' suoi beni, si ridurrà forse volontieri a sposarne la madre? Non temerà fors' egli ancora d'avere de' figli legittimi che potrebbero porre un ostacolo agli effetti della sua benevolenza verso il figlio del libertinaggio o dell'adulterio? Se al contrario egli può temere che il sol frequentare una donna di cattiva vita esponga se e la sua memoria a dispiacevole litigio, non diverrà egli più circospetto nella scelta delle sue compagnie, ed i costumi non ne trarranno oltremodo profitto?

Infine bisogna ben penetrarsi d'un principio che si è sempre perduto di vista nell' esame delle quistioni relative ai figli naturali, cioè che le disposizioni rigorose che li riguardano non sono state in verun conto stabilite in odio di essi. Altrimenti si dovrebbero accusare tutt' i legislatori antichi e moderni dell'ingiustizia la più patente: poichè come potrebbesi punire que' disgraziati fanciulli del delitto che ha preceduto alla di loro nascita? Siffatte disposizioni sono fondate sull'essere questo delitto uno di quelli che nella maggior parte de' casi è difficile,

to(7), e quando l'epoca di esso coincide con quella del conce-

---

anzi impossibile punire. Siccome dunque non si può attaccare direttamente i genitori, si è voluto punirli almeno con privargli del dritto di disporre de' proprii beni in favore de' loro figli, al di là di una porzione qualunque determinata dalla legge secondo le circostanze. Da un'altra parte, il favore del matrimonio esigeva che i frutti del delitto non fossero punto messi allo stesso livello dei figli derivati da legittima unione. Egli è dunque indubitato, che le disposizioni concernenti i figli naturali sono stabilite *non in odium eorum*, *sed in odium parentum, et in favorem matrimonii.* Or risulterebbe precisamente il contrario dal sistema che combattiamo, poichè prima di tutto esso nuocerebbe al matrimonio, come abbiam fatto avvertire. Inoltre si proibisce al figlio le indagini sulla paternità. Questo divieto, già rigorosissimo, ed il quale non ha potuto esser dettato che da potenti motivi di ordine pubblico, non è meno quanto all'effetto assolutamente in favore del padre naturale. Se da un' altra parte se gli concede il dritto di eludere pel solo fatto del non riconoscimento le disposizioni che gli vietano di migliorare al di là di una certa porzione la sorte de' frutti del suo delitto, ne risulterà che tutti gli eventi saranno in suo favore, non dipenderà che da lui il dritto non solamente di collocare il figlio dell'incesto e dell'adulterio nello stesso ordine del figlio legittimo, ma di trattarlo ancora più favorevolmente; giacchè se si suppone un padre che abbia sei figli legittimi, ed un figlio adulterino, egli potrà dare a quest' ultimo il quarto de' suoi beni mentre che ciascuno di quegli altri non avrà che un ottavo.

Tali sono le conseguenze che bisognerebbe trarre dalla dottrina delle cennate decisioni, ed i motivi che mi hanno sinora impedito di adottarne i principj. Io non ho veduto in tutto ciò che si è detto su tal quistione nulla che avesse potuto distruggere le ragioni da me allegate. (Vedete in oltre la nota 17 pag. 280.) (*a*).

(7) Bisogna dunque prima che sia provato il ratto. Io penso che sarebbe lo stesso in caso dello stupro violento. La corte di Parigi ha giudicato il 28 luglio 1821, che bastava che vi fosse ratto di seduzione. (Sirey, 1821, 2. par. p. 235).

(*a*) *Il signor* Toullier *è di opinione contraria, nel num.* 939. ,, *La disposizione dell' art.* 340 *è assoluta (dic' egli), e le indagini sulla paternità sono proibite, senza distinzione tra la via di azione, e quella di eccezione; per esempio, gli eredi non sarebbero ammessi ad impugnare un legato universale fatto a' figli, domandando a provare ch' essi sono figli del testatore, abbenchè in questo caso ne risulti una frode alla legge* ,, *E si contenta citare l'arresto della Corte di cassazione riportato dal* Sirey *pag.* 272, *contro del quale il nostro autore ha sì maestrevolmente argomentato.*

Veramente scrivendo il decano di Rennes dopo di quello di Parigi conveniva che si facesse carico de' robusti motivi da questo ultimo prodotti, se non per altro almeno per avvertire il legislatore degli assurdi che nascono dalla lettera della legge interpretata in modo assoluto.

pimento (8); allora soltanto le indagini sulla paternità sono permesse, ed il rapitore può (9), a domanda delle parti interessate, essere dichiarato padre del fanciullo.

La stessa proibizione non vale per le indagini sulla maternità. La gravidanza ed il parto essendo fatti positivi che facilmente si possono verificare, il figlio il quale reclamerà la madre può essere ammesso a provare che egli sia identicamente quel medesimo che ella ha partorito.

È permesso far questa pruova per testimonj, purchè vi concorra un principio di pruova per iscritto (10). Ma

---

(8) Se, per esempio, il ratto ebbe luogo nel tempo ch'è decorso dal 300.° al 180.° giorno prima della nascita del fanciullo.

(9) Può essere dichiarato non già *sarà* dichiarato: vi bisognerà ancora cognizione di causa. Se risulta in fatti dalla costituzione del fanciullo, e dal rapporto di persone dell'arte, che l'epoca del concepimento deve necessariamente essere riportata ad un tempo anteriore al ratto, egli è evidente che la circostanza di questo ratto non può più stabilire la presunzione della paternità. Tale sarebbe il caso in cui la nascita avesse avuto luogo dugento giorni dopo il ratto, e fosse provato per mezzo dello stato del fanciullo, ch'egli nacque nel termine di nove mesi.

(10) Noi abbiam veduto al Tit. *del matrimonio* cap. IV. sez. II. §. 1, ciò che ha da intendersi per principio di pruova per iscritto allorchè si tratta di quistione di stato.

Notate che qui vi sono due cose da pruovare: prima di ogni altro il parto della madre, ed in seguito l'identità del fanciullo che reclama con quello di cui la madre si è sgravata. Non è che per l'identità che la legge esige un principio di pruova per iscritto. Relativamente allo sgravamento, io penso che potrebbe esser provato per mezzo di testimonj, quand'anche non esistesse alcun principio di prova per iscritto. Per dritto comune, i fatti si pruovano per mezzo di testimoni, eccetto i casi ne' quali la legge esige un altro genere di prova. Or qui essa esige il principio di pruova per iscritto; ma unicamente per l'identità (*a*).

(*a*) *Anche a questo sentimento si oppone* Toullier *e forse con miglior ragione. Ecco il suo argomento al num.* 942. ,, *La* ,, *pruova che questa disposizione finale dell' art.* 341 *permette di* ,, *fare per testimoni è manifestamente quella dell' identità; e ciò* ,, *si fa chiaro riunendo questa disposizione alla precedente di cui* ,, *essa non è che un seguito ed una spiega. Ma la pruova del* ,, *parto come sarà essa fatta? Il nostro articolo tace su questo* ,, *punto. Essa debbe dunque esser fatta per iscritto; poichè in* ,, *materia di stato la pruova testimoniale non è ricevuta che nel* ,, *caso in cui la legge lo permette con una espressa dichiarazione.* ,, *Ora il nostro articolo non permette di provare per testimoni che* ,, *il fatto dell'* identità, *e non quello del parto: quest' ultimo fatto* ,, *non può dunque esser provato per mezzo di testimoni.* Qui dicit ,, de uno, negat de altero. (*Veggasi l'arresto della Corte di cas-*

le indagini, sia sulla maternità, sia sulla paternità nell' unico caso in cui sono ammesse, non debbono aver luogo

---

Il registro dello stato civile sarebbe forse riguardato come una pruova per iscritto della figliazione? Come pruova, non è possibile; l' art. 319 † 241 non applica che ai figli legittimi il principio che la figliazione si pruova per mezzo dell' atto di nascita. Riguardo al figlio naturale, tutto al più si potrebbe ammettere come un principio di pruova, quando è disteso dietro le dichiarazioni delle persone dalla legge incaricate. (Vedete al vol. 1 la nota 8, pag. 152). Ma riguardo all' identità, l' atto di nascita non può in alcun caso formare lo stesso incominciamento di pruova; poichè esso prova, è vero, che tal persona si è sgravata di un fanciullo di tal sesso, ma non già che l' esibitore dell' atto sia il fanciullo di cui colei si è sgravata: il che è precisamente la questione d' identità. Fu deciso in questo senso in cassazione il 28 maggio 1810 (Sirey, 1810, 1.ª par. p. 202).

Il possesso costante di stato del figlio naturale della madre reclamata sarebbe mai riguardato come una pruova, o come un principio di pruova? Si era proposto al Consiglio di stato un articolo importante ch'esso sarebbe riguardato come un principio di pruova sufficiente a far ammettere la pruova testimoniale; ma questo articolo fu soppresso, a motivo che tal possesso essendo il più potente di tutt' i titoli, doveva per conseguenza far pruova intera (*Processo verbale* del 26 brumale anno 10).

Si applicherebbe forse al figlio naturale che promuove le indagini sulla maternità la disposizione del §. 1.° dell' art. 323 † 245 il quale ammette la pruova testimoniale, allorch' esistono delle presunzioni o indizj risultanti da fatti d' altronde costanti, ed assai gravi per determinare l' ammissione di questa pruova? Si giudicò negativamente in cassazione il 28 maggio 1810 (Sirey, 1810, 1.ª par. p. 193) atteso che l' art. 323, come dicesi in quella decisione, è situato sotto la rubrica *della figliazione legittima*. Questa decisione può esser conforme alla lettera della legge; ma mi sembra ben rigorosa. Vi son molti articoli del cap. II del Tit. *della paternità e della figliazione* i quali, benchè collocati sotto la rubrica *della figliazione de' figli legittimi*, debbono nulladimeno essere applicati necessariamente ai figli naturali; benchè le disposizioni non ne siano punto richiamate sotto la rubrica *dei figli naturali*. Tale è l' articolo 320 † 242, relativo al possesso di stato; l' articolo 324 † 246 il quale stabilisce ciò che deve intendersi per principio di pruova per iscritto; l' art. 325 † 247 che permette la pruova contraria a quella fatta dal figlio; gli articoli 326 e 327 † 248 e 249 i quali stabiliscono la competenza esclusiva de' tribunali civili in materia di figliazione; gli articoli 328 † 250, 329 † 251 e 330 † 252 relativi all' imprescrittibilità dell' azione in persona del figlio, e la sua prescrittibilità riguardo ai di lui eredi. Perchè l' art. 323 si troverebbe solo

---

,, sazione de' 18 maggio 1810 reso sulle conclusioni del signor Merlin riportato da Sirey, an. 1820 pag. 195 a 202),,.

Vegansi inoltre nello stesso autore quant' egli aggiunge così su questa come sulle altre quistioni risolute dal Delvincourt sull' opposto principio ne' num. 943, 944, 945, 946, 947 *e* 948.

che a favore dei figli suscettivi di essere riconosciuti; e tal è il carattere di riprovazione impresso al commercio adulterino o incestuoso, che i figli i quali ne provengono mai non possono, almeno direttamente, riconoscersi (11).

Il riconoscimento non può esser fatto che dal padre o dalla madre (12). Dee farsi nell' atto di nascita, ovvero

---

eccettuato dall' applicazione? Si può dire intanto per giustificare l' opinione contraria, che la prima parte del §. 1.° dell' art. 323 ritrovandosi espressamente richiamata nell' art. 341 † 264, si dee presumere che sol perchè il legislatore omise la seconda parte di questo paragrafo, non volle applicarlo al figlio naturale. Pure, io lo ripeto, quest'opinione può sostenersi; ma sembrami all' estremo rigorosa (a).

(11) Poichè l' art. 762 † 678 suppone che essi possono esser riconosciuti almeno indirettamente, per es. nel caso degli art. 312 † 234 e seguenti. Esempio: una donna da dieci anni maritata, partorisce; il fanciullo viene iscritto sotto il suo nome e quello del marito, ed in conseguenza come legittimo. Il marito lo rifiuta, allegando che durante il tempo dal 300.° fino al 180.° giorno prima della nascita, era nell' impossibilità fisica di coabitare con sua moglie. La pruova è fatta, e 'l rifiuto è giudicato valido. Vi ha qui il riconoscimento indiretto per parte della madre. Similmente: un uomo già maritato inganna l'ufiziale dello Stato civile, e si marita con una donna che ha conoscenza del suo primo matrimonio. I figli prodotti dalla loro unione sono portati sul registro dello Stato civile come figli legittimi. La bigamia si scuopre in seguito, ed i figli son dichiarati adulterini: essi non sono meno riconosciuti dal padre e dalla madre loro.

In una parola, bisogna intendere l' art. 335 † 258 nel senso che i figli adulterini o incestuosi non possono giammai essere riconosciuti in tal qualità; ma il riconoscimento, qualunque sia, non può in tutt' i casi accordare altro dritto che agli alimenti (art. 672).

La stessa disposizione avrebbe luogo, se in seguito dell' opinione che noi abbiamo precedentemente emessa, la maternità fosse indagata contro del figlio, e che dalla procedura risultasse la pruova d' esser egli adulterino: la sentenza in questo caso equivarrebbe ad un riconoscimento, e gli darebbe dritto agli alimenti contro la madre, o i suoi eredi. Lo stesso sarebbe rispetto al padre nel caso in cui, dietro la medesima opinione, la paternità potesse esser indagata contro del figlio.

(12) L' avo non può riconoscere il figlio naturale di suo figlio; e del pari il riconoscimento del padre non dà al figlio naturale alcun dritto sulla successione dell' avo. In una parola il figlio naturale anche

(a) *Ma il Codice, dice* Toullier, *non ha applicata la disposizione dell' art. 320 ai figli naturali. Non sembra dunque che costoro possano presentare come principio di pruova per iscritto il possesso del di loro stato. ,, Il possesso anche costante (aggiunge ,, egli nel num. 971) della qualità di figlio naturale, possesso che ,, non può presentarsi nè come cominciamento di pruova per iscritto, ,, nè come una pruova compiuta di figliazione ,,. Qui è osservabile che egli cita nella nota* Proudhon *il quale pensa diversamente, e non fa menzione del nostro Autore.*

334 con altro atto autentico (13). Fatto dal padre, non v'è 257

---

riconosciuto non ha civilmente altri parenti che il proprio padre o la propria madre. In conseguenza ragionevolmente la Corte di cassazione ha con decisione del 7 luglio 1817, inserita nel *bullettino* n.° 72, cassata quella della Corte di Douai che aveva condannato un individuo a somministrar gli alimenti ai figli naturali di suo figlio.

Noi diciamo che il figlio naturale non ha *civilmente* altri parenti che i suoi genitori, poichè la parentela naturale esiste sempre fra lui ed i parenti de'suoi genitori. Così vediamo che il matrimonio è vietato fra ascendenti e discendenti come tra fratelli e sorelle naturali.

(13) Anteriore o posteriore alla nascita. Si decise ragionevolmente in cassazione il 16 decembre 1811 (Sirey, 1812, 1.ª par. p. 81) che l'argomento tratto dal senso letterale dell'art. 334 † 257 non era sufficiente ad annullare un riconoscimento fatto durante la gravidanza. Per conoscere ciò che debba intendersi per atto autentico, vedete l'articolo 1317 † 1271. Noi ci faremo or ora ad esaminare perchè si esiga un atto di questa specie.

Si potrebbe riconoscere un figlio naturale morto? Io penso che sì, purchè tuttavolta egli aveva figli. (Argom. tratto dall'art. 332 † 245). Applicate ciò che abbiam detto qui sopra nella nota 271 pag. 139.

Il riconoscimento potrebb'essere fatto per mezzo di un procuratore? Sì, purchè la procura sia autentica e speciale ad effetto di riconoscere tal fanciullo, ed anche, in questo caso, ove colui che ha fatta la procura venisse a morire prima che il riconoscimento si fosse effettuato, si potrebbe pretendere con fondamento che la procura equivale allo stesso riconoscimento.

Il riconoscimento di un figlio naturale può forse essere tacito? Sì, purchè l'atto da cui si fa risultare sia autentico; se, per esempio, un uomo stipulando un atto con altra persona, le dà o le lascia prendere nell'atto la qualità di suo figlio naturale.

Il riconoscimento per atto d'ultima volontà è valido? Sì, se il testamento è mistico, o per atto pubblico, poichè in questo caso è autentico. Altrimenti però se sia olografo. Ciò avrebbe potuto soffrire qualche difficoltà, riguardo al testamento olografo, secondo la Consuetudine di Parigi, che lo riputava *atto solenne*. Ma questa disposizione non essendo stata conservata nel Codice, il testamento olografo è ritenuto nella classe de'semplici atti di privata scrittura (*a*).

(*a*) *Il Codice civile*, *dice* Toullier, *conferisce al testatore la stessa autorità e lo stesso carattere che gli dava l'articolo* 289 *della Costumanza di Parigi; dunque non può mettersi in dubbio che il riconoscimento fatto in testamento olografo sia valido, come fu adottato dalla Corte di cassazione ne' motivi dell'arresto pronunciato a'*3 *settembre* 1806 *riportato da* Merlin, nuovo Repert. *V.* Filiation, *e da* Sirey, *an.* 1806, *pag.* 414. *Egli però aggiunge bisognare che questo testamento sia depositato presso un notajo, e che ne sia assicurata in altro modo la data, acciò con esso non si faccia frode al disposto dell' art.* 337. *Veggansi nel detto autore i num.* 953, *e* 954.

Quid se una persona ha scritto all' ufficiale dello Stato civile, che tal fanciullo è suo figlio, e che la lettera sia stata riportata nell' atto di nascita, o vi sia stata annessa; ciò equivarrebbe mai ad un autentico riconoscimento? Si è giudicato affermativamente a Bruxelles, li 11 luglio 1808. (*Gior. di giurispr. del Cod. civ.* tom. XI pag. 269). E la stessa dottrina pare consacrata in uno de' motivi dell'arresto reso dalla Corte di cassazione li 11 agosto dell' anno stesso (Sirey, 1808, 1.a par. p. 499). Io non posso abbracciare questa opinione. In fatti qual è stato il fine del legislatore nell' esigere un atto autentico? Alcuni, nel numero de' quali è il signor Proudhon, han detto ciò provenire perchè lo stato delle persone doveva essere immutabile, e che non era permesso ad alcun individuo di cambiarlo, o di alienarlo; che vi sarebbe dunque dell' inconseguenza a lasciar riposare i dritti della paternità e della figliazione sulla debole garentia di una privata scrittura. Io non posso credere che tale sia stato il motivo del legislatore: poichè prima bisognerebbe conchiuderne che l' atto di riconoscimento non può esser fatto che con minuta; ciò che non è. Risulterebbe in seguito da questo sistema, che l' autenticità dell' atto non vien richiesta che per l'interesse del figlio, e per assicurare il suo stato, e che in conseguenza la mancanza di autenticità non potrebbe essergli opposta; massima contraria a tutt' i principj attuali. D' altronde il possesso, in materia di stato, si è sempre riguardato come il titolo il più valido, e forse ancora più efficace di qualunque atto più autentico, poichè stabilisce ad un tempo lo stato e l' identità dell' individuo che lo reclama; ed intanto questo possesso non è di alcun peso nelle indagini sulla paternità. La vera ragione per la quale si è richiesto l' atto autentico è stata perchè si è voluto porre le persone deboli a coverto dalle sollecitazioni e dalle seduzioni, a via delle quali si potrebbe tentare di strappar loro un riconoscimento. Si presume che innanzi ad un ufficiale pubblico qualunque, la persona debba godere di tutta la sua libertà, ch' essa sia in sicuro di ogni coazione, e che per conseguenza il riconoscimento ch' essa firma è l'effetto della sua pura e semplice volontà. Or si possono mai applicar questi caratteri ad una lettera scritta all' ufficiale dello Stato civile? Questa lettera non è essa scritta dall' individuo che l' ha firmata, solo, fuori della presenza dell' ufficiale pubblico; presenza che garentisce ai tribunali la perfetta libertà di colui che ha riconosciuto? In una parola, una lettera sino a che non sia riconosciuta innanzi notaro da colui che l' ha scritta, che altro è se non un atto di scrittura privata? Ed un terzo può egli, unendola ad un registro pubblico senza la presenza di colui che l' ha firmata, darle la forza di un atto autentico? Sarebbe essa meno soggetta alla semplice negazione, alla verifica di carattere, ec.? Io penso dunque che in nessun caso, una lettera di questo genere può equivalere al riconoscimento voluto dalla legge (*a*).

Quid se l' atto di scrittura privata contenente il riconoscimento,

(*a*) Toullier *al num.* 951 *crede che l' art.* 334 *non essendo in termini proibitivi, e non pronunciando alcuna pena per lo riconoscimento non fatto con atto autentico abbia lasciato quello fatto con privata scrittura ne' termini del dritto comune che gli accorda la stessa fede che dà all' atto autentico quando sia riconosciuto da quegli che l'ha fatto, o si abbia come legalmente riconosciuto* (*art.* 1322).

sia stato riconosciuto esso stesso autenticamente ? Bisogna distinguere : se la ricognizione dell' atto ha avuto luogo volontariamente, è come se il riconoscimento del fanciullo fosse stato fatto per atto autentico. Se la ricognizione è domandata in giudizio, i genitori possono ricusarvisi, e contentarsi di opporre l' eccezione d' inammessibilità tratta dalle disposizioni della legge. Ma se, provocati o no in giudizio, essi hanno riconosciuto l' atto puramente e semplicemente, io penso che ciò debba equivalere ad un riconoscimento autentico. (Vedete la precedente nota 6 pag. 264 *in principio*).

L' art. 334 † 257 decide in generale che il riconoscimento dev' esser fatto con atto autentico, senza distinzione a questo riguardo fra padre e madre ; ma non potrebbe stabilirsi una differenza a tal oggetto ? Le indagini sulla paternità essendo interdette, ne risulta che il padre non può neanche esser astretto a riconoscere la sua firma. Ma sembra che non dovrebb' esser lo stesso rispetto alla madre. Le indagini sulla maternità essendo permesse, chi potrebbe impedire al figlio di prevalersi contro colei ch' ei reclama per sua madre dell' atto privato col quale ella lo riconosce, ed in caso di opposizione, domandarne la verifica ? A malgrado di queste ragioni le quali in fatti sembrano speciose, io penso che l' art. dev' essere inteso in un modo generale così com' è redatto. Se il motivo del legislatore è stato di mettere in sicuro dalla sorpresa delle insidie, questa ragione esiste rispetto alla madre come per rispetto al padre. Senza dubbio che il riconoscimento fatto con una scrittura privata dalla madre può esserle opposto, non come una pruova, quand' anche la firma fosse riconosciuta, ma semplicemente come una presunzione di cui i giudici avranno ad apprezzare l' importanza, e che potrà secondo le circostanze, e se sia accompagnata d' altri amminicoli, determinarli a pronunciare in favore del fanciullo ; ma essa non formerà da se sola, e per se stessa pruova compiuta, come se si trattasse di un ordinario riconoscimento (*a*).

Il riconoscimento forzato, ne' casi nei quali vien' ammesso, avrebbe lo stesso effetto del volontario ? La quistione si è presentata alla Corte reale di Parigi, dov' è stata giudicata affermativamente il 27 giugno 1812 (Sirey, 1812, 2. par. pag. 418), e ragionevolmente. Gli avversarj del figlio naturale pretendevano che solamente il riconoscimento volontario potesse dar dritto alla successione ; che ogni altro non dava dritto che agli alimenti. La decisione di Parigi ha proscritta questa distinzione di cui non esiste alcuna traccia nel Codice, il quale frequentemente si serve della espressione *legalmente riconosciuti*. Or il riconoscimento per effetto di giudizio è egualmente legale del volontario. Io non esito dunque a pensare ch' essi debbono produrre tutti e due gli stessi effetti.

Si potrebbe forse a questa decisione opporre l' art. 200 † 294 del Cod. di procedura, il quale ammette per documenti di paragone nelle verifiche di scritture le carte riconosciute da quegli cui viene attribuito il documento da verificarsi, ma non quelli negati, e non riconosciuti da lui*, *ancorchè siano stati precedentemente verificati e riconosciuti*

(*a*) *Sostiene il* Toullier *nel num.* 950, *e con ragione, valido il riconoscimento fatto dalla madre con un atto di privata scrittura.*

*

esser suoi: d' onde si potrebbe conchiudere che la legge stabilisce una differenza fra il riconoscimento volontario e il forzato.

Ma prima di tutto si può dire che qui la distinzione è formalmente enunciata nella legge, e che precisamente la necessità nella quale il legislatore ha creduto trovarsi di esprimerla, prova che per dritto comune il riconoscimento forzato ha lo stesso effetto del volontario.

Si può dire in secondo luogo che per l' autorità della cosa giudicata si attribuisce ad un individuo la scrittura da lui rigettata, ma ch' è stata riconosciuta giudiziariamente presente lui. Ora, l' autorità della cosa giudicata non ha luogo che riguardo a ciò che ha formato l' oggetto del giudizio, per conseguenza allorchè si tratta di verificare una carta, non si può prevalersi di un giudizio reso sulla verifica di un' altra carta.

Nel nostro caso al contrario si tratta dello stesso fatto, del medesimo oggetto, fra le medesime parti, o i loro aventi causa; e si pretenderà che il giudizio del riconoscimento non debba aver lo stesso effetto che il riconoscimento volontario, o debba averne uno minore! È lo stesso come se si sostenesse che un atto il quale potrebbe dar luogo ad un' azione pel capitale e gl' interessi se fosse volontariamente riconosciuto, non darebbe azione che pel capitale se fosse stato riconosciuto in giudizio.

Un minore può riconoscere un suo figlio naturale? Non crederei che potesse porsi in dubbio l' affermativa. Ma potrebbe farsi restituire in intiero contro questo riconoscimento? Io penso che sì, come contro ogni altra specie di obbligazione. Pure bisogna badare che il minore non può essere restituito in intiero se non provando la lesione: or non può esservi lesione in un simile riconoscimento che quando il minore provasse, che il fanciullo non sia suo prodotto, che il riconoscimento sia stato l' effetto del dolo, dell' errore, o della violenza, ecc. In fatti egli non può dire di essere stato leso perchè ha riconosciuto. Il riconoscimento non è ciò che costituisce la di lui obbligazione, ma n' è la pruova; l' obbligazione ha esistito dal momento in cui il fanciullo è stato concepito: egli non ha fatto che il suo dovere riconoscendolo, non può dunque farsi restituire contro il riconoscimento. Da un altro lato, egli non può farsi restituire contro l' obbligazione risultante dall' aver egli procreato il fanciullo. Imperciocchè il fatto del concepimento è per parte sua un atto criminoso; ed è massima legale che il minore non sia restituito in intiero contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi delitto (art. 1310 † 1294). Io giudico per le stesse ragioni, ch' egli può fare questo riconoscimento senza autorizzazione alcuna. *Vedete* un arresto di cassazione del 22 giugno 1813, il quale ha sentenziato in questo senso, ed in virtù di questi principj. (Sirey, 1813, 1. par. pag. 281).

Si dimanda infine se il riconoscimento di un figlio naturale fatto con carta privata, potrebbe accordare almeno al figlio il dritto di domandare gli alimenti a suo padre o a sua madre, o alla loro successione. Siffatta quistione è stata sulle prime controvertita. Parrebbe nondimeno che siasi ritornato all' opinione, che un simile riconoscimento è affatto nullo. E ciò perchè la paternità è indivisibile, perchè non può scindersi, nè si può essere padre in un caso, e non esserlo in un altro ecc.

Non ostante la giurisprudenza quasi generale su questo punto (*vedete* fra le altre decisioni quella della cassazione del 4 ottobre 1812, riferita da Sirey, 1813, 1. par. pag. 139), io ardisco ancora di sostenere l'opinione che ho sempre difesa, cioè: che il figlio così riconosciuto non può pretendere in verità alcun dritto alla successione, ma che ha almeno quello di domandare gli alimenti; ed ecco rispetto a ciò quali sono i miei motivi.

Bisogna distinguere con attenzione ne' differenti dritti che possono essere esercitati, quelli che discendono dal dritto civile, o dal dritto naturale. Come i primi sono dati dalla sola legge civile, essa ha potuto concatenare il dritto di esercitarli all'osservanza di tale o tale altra formalità; ma rispetto ai secondi, siccome sono indipendenti dalla legge civile, non devono essere sottomessi che alle regole generali e comuni del dritto. È in tal modo che la legge ricusa al morto civilmente il dritto di succedere, sia *ab intestato* sia con testamento, e ch'essa gli accorda intanto la facoltà di ricevere a titolo di alimenti. Le successioni sono di dritto civile, essendo la legge civile quella che le deferisce, e che determina l'ordine nel quale debbono esser raccolte; essa dunque può non ammettervi che quegli i quali hanno adempito a tale o tal'altra condizione. Ma gli alimenti sono di dritto naturale; perciò indipendenti da ogni disposizione civile; e la legge che dispensasse il padre dall'obbligo di nudrire i suoi figli, sarebbe una legge empia e degna de' più barbari tempi. Or se il dritto di domandar gli alimenti non è di pertinenza della legge civile, essa non ha potuto subordinarne l'esercizio all'osservanza di talune formalità. Che per evitare i processi scandalosi si proibiscano le indagini sulla paternità, la disposizione è già ben dura, come l'abbiam dimostrato; ma qualora questa paternità è provata nel modo che sarebbe sufficiente a pruovare ogni specie di obbligazione, quanto non può darsi luogo a giudizio se non per una semplice verifica di scrittura in caso di negativa, verifica la quale non può recar seco scandalo alcuno, io non veggo come il padre potrebbe sottrarsi all'obbligo di somministrare gli alimenti; e come un atto che in un affare ordinario sarebbe giudicato sufficiente per costituirlo debitore di una somma quanto considerabile si fosse, non basterebbe per dare al figlio naturale il dritto di domandare gli alimenti.

Non si può, dicesi, scindere la paternità: ciò è un puro sofisma. È impossibile senza dubbio che la stessa persona sia e non sia padre al tempo stesso del medesimo fanciullo. Ma nel nostro sistema non è la paternità ch'è scissa; bensì i suoi effetti, de' quali alcuni essendo di dritto naturale, altri di dritto civile, possou formar l'oggetto di differenti disposizioni. Egli è più che possibile che un fanciullo possa esercitare taluno de' dritti della figliazione, e non tal altro. In tal modo il figlio adulterino o incestuoso può reclamare gli alimenti, e non è ammesso alla successione. Il figlio del morto civilmente può esser tenuto, almeno a nostro avviso, a somministrare gli alimenti a suo padre, e non vi è intanto fra di essi alcun rapporto civile di paternità o di figliazione. Nel caso dell' art. 202 † 192 il padre di mala fede sarebbe padre ad effetto di trasmettere la sua successione ai figli del matrimonio putativo contratto con la sposa di buona fede; e non lo sarebbe poi per raccogliere la di loro propria successione. Infine, vi ha nulla che sembri più indivisibile quanto la qualità di erede? Ed intanto non

può accadere che la stessa persona sia e non sia ad un tempo erede dell' individuo stesso riguardo a differenti persone? (Vedete la nota 150 sul tit. *delle successioni*, tom. 4). Tutti questi casi differenti possono presentarsi. Conchiudiamo dunque che le pretesa impossibilità di scindere la paternità è una chimera (*a*).

S' insiste dicendo: senza dubbio il padre è tenuto a dar gli alimenti al suo figlio naturale; ma perciò bisogna, anche in virtù del dritto naturale, pruovargli che egli è il padre: or la legge civile non ammette altra pruova della paternità che l' atto di nascita o un atto autentico. Io rispondo in primo luogo, ch' egli è contradittorio il dire da una parte che per dritto naturale, ed indipendentemente da ogni legge civile, il padre è tenuto a nudrire suo figlio, e dall' altra parte di subordinare quest' obbligo ad una formalità che non è richiesta per le obbligazioni, anche civili. Rispondo in secondo luogo che l' art. 762 † 678 concede gli alimenti al figlio incestuoso ed adulterino, il quale intanto non può essere riconosciuto nè per mezzo del suo atto di nascita, nè per mezzo di altro atto autentico. La legge essa stessa ha dunque deciso che l' articolo 334 † 257 non era applicabile alla semplice domanda di alimenti. D' altronde la causa è sì favorevole, che se anche vi fosse stato alcun dubbio, la quistione dovrebb' esser decisa in favore del figlio.

Infine, dicesi in terzo luogo, la legge annullando i riconoscimenti per carta privata, ha voluto distruggere tutto l' effetto dell' influenza che la seduzione può esercitare sulla debolezza. Or questa influenza sarà la stessa, quantunque non si tratti che di una semplice domanda di

(*a*) *Ma questo* sofisma, *questa* chimera, *è del cit.* TOULLIER. *Egli dice al finir del n.* 951 *che* " *se il riconoscimento fatto con* ,, *privata scrittura è nullo, esso non darà ai figli riconosciuti nep-* ,, *pure l' azione degli alimenti, poichè la paternità è indivisibile.* ,, *Una persona non potrebb' essere padre in un caso, e non padre* ,, *in un altro. Questo è un principio consacrato dalla Corte di cas-* ,, *sazione (nel suo arresto de'* 3 *ventoso an.* X. SIREY *an.* XI. *pag.* ,, 185 *a* 192, *ed in altro arresto de'* 26 *marzo* 1806. *Veggasi il* nuo- ,, vo Repertorio *V.* Filiation *pag.* 247) ,,.

Ed anche qui avvertiamo che nella nota 1. *a questo n. dopo d' avere il sig.* TOULLIER *indicato che secondo il suo sentimento fu deciso dalla Corte di Pau, come in* SIREY *an.* 1811, 1. *parte pag.* 13, *aggiunge che il sig.* PROUDHON *era di contraria opinione tenendo per insufficiente il riconoscimento con privata scrittura per provare la figliazione, ed efficace per dare ai figli l' azione a chiedere gli alimenti. E non fa menzione del nostro autore, nè si dà carico de' di lui argomenti.*

Nuovamente il professore brettone nel num. 977 *dichiara formalmente che il figlio naturale non sarebbe ricevuto in giudizio per intentare l' azione alimentaria contra il suo preteso padre che l' ha riconosciuto in un atto di privata scrittura, perchè l' indagine della paternità è proibita, e perchè il riconoscimento debb' esser fatto con un atto autentico. Del resto in sostegno del suo sentimento sull' azione alimentaria reca egli le decisioni della Corte di Parigi de'* 22 *luglio* 1811, *e della Cassazione de'* 4 *ottobre* 1812.

336 d' uopo dell'indicazione della madre; nè produce d'al-
259 tronde alcun effetto contro di questa senza il di lei consenso (14).

Il riconoscimento di un figlio naturale non gli procaccia gli stessi vantaggi come se fosse legittimo. Nondi-

---

alimenti. Ma io rispondo prima di tutto, esservi gran differenza fra il dritto di domandare gli alimenti, e quello di prender parte in una successione; ed in secondo luogo, nascere da questo raziocinio, che bisognerebbe ugualmente annullare l' atto di scrittura privata, per mezzo del quale una persona senza fare un riconoscimento formale, assegnerebbe ad un tale suo figlio naturale, una pensione alimentaria. Or non si è ancora osato di andare fino a tal punto; dunque ecc. Può portarsi in appoggio di questa decisione un arresto della corte di Nanci del 20 maggio 1816, trascritto da Sirey, 1817, 2. par. pag. 149, il quale ha giudicato che un bastardo adulterino, riconosciuto con una scrittura privata, poteva domandar gli alimenti.

Nota. Una decisione della Corte di Roano, del 20 giugno 1817, riportata *ib.* p. 423, ha giudicato, che un riconoscimento per carta privata interamente scritta, datata e firmata per mano del padre, e che dava inoltre al figlio la porzione fissata dall'art. 757 † 674 del Codice, doveva essere riguardato come un testamento e quindi eseguito.

(14) Cioè che il padre può riconoscere senza indicare la madre, e che quand' anche l' abbia indicata, questa indicazione non ha alcun effetto riguardo alla madre, finchè ella stessa non abbia riconosciuto il figlio; e reciprocamente, che la madre può riconoscere senza indicar il padre, o che se ella l' ha indicato, questo riconoscimento non ha alcun effetto rispetto a lui. Da ciò bisogna conchiudere, che se il fanciullo è portato nell' atto di nascita come nato da padre e madre incogniti, egli può essere riconosciuto da sua madre, e adire la sua successione come figlio naturale, fosse anche adulterino o incestuoso; il che sarebbe il più grande abuso se non si ammettesse il sistema da me stabilito più sopra, che la paternità può essere indagata contro del figlio.

Ma se il figlio riconosciuto prima da sua madre, è in seguito riconosciuto da colui che si pretende suo padre, quest' ultimo riconoscimento potrà essere impugnato dalla madre, se questa pretende che colui che ha riconosciuto non sia padre del fanciullo, o *viceversa*? Si senza dubbio. L' art. 339 † 262 porta che ogni riconoscimento può essere impugnato da coloro che vi hanno interesse. Ne risulterà, a dire il vero, un processo scandaloso, come sono tutte le indagini possibili sulla paternità. Ma ciò prova che questa considerazione non bastò per arrestare il legislatore, allorchè vi sono da un'altra parte da temersi più gravi inconvenienti sotto il rapporto della morale. E d' altronde, in una causa di questo genere, qual mezzo i giudici potrebbero prendere per decidere? Certamente non altro che quello di esaminare se all' epoca del concepimento del fanciullo le due parti aveano insieme delle pratiche; ciò che conferma ancora quel che dicemmo di sopra alla nota 6 pag. 264 sull' influenza che la pruova di queste pratiche può e deve avere in tutte le quistioni di tal genere.

meno produce per lui effetti molto importanti: primieramente gli dà il dritto di portare il nome di colui che lo ha riconosciuto; ed in secondo luogo gli assicura una parte qualunque nelle sostanze della sua successione (15); e siccome potea temersi in conseguenza che riconoscimenti fatti in frode o tardivi non venissero a recar pregiudizio ai dritti del terzo, e soprattutto a quelli risultanti da legittimo matrimonio, si è ovviato a siffatto inconveniente con le due seguenti disposizioni:

338
261

La prima è quella che accorda a qualunque persona la quale vi abbia interesse (16) il dritto d' impugnare il riconoscimento, sia quanto al merito (17) sia quanto alla

---

(15) Si vedrà quali siano questi dritti al Tit. *delle successioni.*

(16) Ma bisogna un interesse preesistente ed attuale (argom. tratto dall' art. 187 † T). In conseguenza il riconoscimento non può essere impugnato da terze persone, che dopo la morte di colui il quale ha riconosciuto; ma può esserlo in ogni tempo dal figlio stesso, poichè egli ha sempre interesse di non avere civilmente altri genitori all'infuori di quelli datigli dalla natura.

(17) Se si pretende che il figlio è adulterino, incestuoso, o il figlio di un altro, o anche ch' egli non possa essere il figlio di colui che l' ha riconosciuto; se per esempio, all' epoca presunta del concepimento, vi era impossibilità fisica di coabitazione fra colui che si pretende essere il padre e la madre vera.

La più parte di questi motivi sarebbero inammessibili, se non fosse permesso in alcun caso di ricercare la paternità. Per rimuovere questa obiezione si è preteso che il riconoscimento non poteva essere impugnato che relativamente alla forma. Ma allora la disposizione dell' art. 339 † 262 sarebbe interamente inutile, ed anche assurda: poichè dopo che l' art. 334 † 257 determinò la forma nella quale dev'esser fatto il riconoscimento, qual bisogno vi era di dire che si potrebbe impugnare quello nel quale questa forma non fosse stata osservata? È forse sol perchè tal forma siasi prescritta per un atto, che ogni persona interessata non acquista il dritto di opporsi all' esecuzione di quello nel quale questa forma non è stata serbata? E d' altronde, l'art. 339 mette nella stessa linea il riconoscimento del padre o della madre, e il reclamo del figlio. Or si dirà che tal reclamo non può essere impugnato nel merito, ma solamente inquanto alla forma? Dunque non si può dirlo nemmeno sul riconoscimento; dunque si è sostenuto fondatamente che risultava dall' art. 339 la paternità poter essere indagata contro del figlio.

Ma quando il riconoscimento è contrastato in merito, vale a dire quando si sostiene che colui che ha riconosciuto non è il padre del fanciullo, chi sarà obbligato alla pruova? Spetta a colui che ha riconosciuto di provare la verità del riconoscimento, o a quegli che lo contesta a provarne la falsità? Io penso doversi distinguere se il riconoscimento è consegnato nell' atto di nascita, o no. Nel primo caso vi è presunzione

339 forma (18). La stessa facoltà è accordata tanto maggior-
262 mente allorchè si tratta di un semplice reclamo per parte del figlio (19).

La seconda è relativa al caso in cui un individuo riconosce durante il suo matrimonio un figlio naturale nato dal commercio ch' egli avesse avuto prima con altra persona diversa dal suo conjuge (20). Si è avvisato che an-

---

legale, e per conseguenza spetta a colui che l'impugna il peso della prova. Nel secondo caso, bisognerebbe forse applicar la stessa decisione, quando il riconoscimento è contrastato da terze persone; ma se il contrasta lo stesso figlio, io penso che la sola opposizione sua debba annullare il riconoscimento. In fatti, generalmente l' atto di nascita stabilisce lo stato; il fanciullo ha dunque uno stato qualunque, risultante dal suo atto di nascita. Quando vi fosse portato come nato da padre e madre ignoti, è sempre uno stato, negativo, se si vuole, ma infine preferibile forse a quello di figlio di tale o tal' altro individuo; e 'l fanciullo non può esserne privato suo malgrado; d' altronde la paternità non può esser provata contro di lui più che in suo favore. È su questi principii fondato l' arresto citato nella nota 268 dell' antecedente Titolo p. 137.

(18) Se si pretenda che l' atto di riconoscimento non è autentico.

(19) Ma vi ha questa differenza, che nel caso di reclamo, si appartiene al figlio di pruovare prima di tutto ch' egli sia in uno de' casi nei quali son permesse le indagini o sulla paternità o sulla maternità; ed in seguito ch' egli sia realmente il figlio della persona ch' ei reclama per padre o per madre; laddove qualora il riconoscimento venga impugnato, questo riconoscimento forma in favore del figlio una presunzione legale che lo dispensa da ogni pruova, e che non può esser distrutta se non per mezzo della pruova contraria da farsi dagli opponenti, sia sul merito sia sulla forma stessa del riconoscimento.

(20) *Quid*, se il fanciullo riconosciuto provenga dal commercio che i conjugi hanno avuto insieme prima del matrimonio? Questo riconoscimento non lo legittimerà affatto (art. 331 † 253). Esso avrebbe dovuto esser fatto al più tardi nel momento della celebrazione. Ma se ebbe luogo per parte d'entrambi i conjugi, esso gli darà almeno i dritti di figlio naturale. La ragione della differenza si è che in quest' ultimo caso l' altro conjuge conosceva, o doveva conoscere l' esistenza del fanciullo; non si può dunque dire che siasi ingannata la di lui buona fede.

Sull' art. 337 † 260 si è presentata una quistione, che certamente non doveva giammai formarne una. Un individuo aveva, dopo lo scioglimento del suo matrimonio, riconosciuto un figlio naturale da lui avuto prima del matrimonio, da tutt' altra persona che dalla moglie. Questo fanciullo ha preteso ch' egli poteva reclamare i dritti di figlio naturale, malgrado ch' esistessero de' figli legittimi: egli si è fondato sulla ragione che l' art. 337 non esclude se non il figlio riconosciuto durante il matrimonio, e che per conseguenza non se gli poteva opporre, poichè egli era stato riconosciuto dopo lo scioglimento del matrimonio. È evidente che questa distinzione è puramente giudaica e contraria interamente all' intenzione del legislatore: non pertanto essa è

che astraendo da qualunque sospetto di frode, la considerazione del matrimonio dovea prevalere: in conseguenza questo riconoscimento non può nuocere al conjuge inno-

---

stata adottata dalla Corte di Pau il 5 pratile an. 13 (*Giorn. di giuris. del Cod. civ.* tom. V. pag. 331). Ne fu prodotto ricorso in cassazione, e fu rigettato per decisione del 6 gennajo 1808 (*ibid.* tom. X. pag. 182) (*a*).

Egli è possibile che nello stretto dritto, la Corte di cassazione abbia potuto rigettare il ricorso per la ragione che la decisione impugnata non aveva in alcun modo violata la lettera dell' art. 337, ma è incontrastabile che ne abbia assolutamente violato lo spirito. Che ha preteso in effetti il legislatore? Che un padre o una madre non venga con un ritardato riconoscimento a nuocere ai dritti risultanti dal matrimonio in favore del suo consorte o de' figli derivati dalla di loro unione, e deludere con tal mezzo la speranza delle due famiglie. Or che il riconoscimento sia fatto durante o dopo il matrimonio, quando vi esistano figli, non pregiudicherà forse ugualmente ai di loro dritti? Non diminuirà forse la porzione di ciascun figlio legittimo di ciò ch'è necessario per completare quella del figlio naturale? La Corte di Pau ha preteso che l' unico oggetto del legislatore era stato d' impedire che non venisse disturbata le tranquillità domestica; ma se ciò fosse, si sarebbe contentato di annullare il riconoscimento nell'interesse dell'altro conjuge solamente, o piuttosto avrebbe vietato ogni riconoscimento durante il matrimonio. Ma egli non giunse fino a tal punto; egli autorizza questi riconoscimenti talmente che hanno tutto il di loro effetto se l' altro conjuge muore senza figli, o se, dopo la di lui morte, i figli vengono a morire prima di quello che ha riconosciuto. Dunque non è il timore di turbare la domestica pace che ha dato luogo alla disposizione; dunque l' interpretazione data dalla Corte di Pau all' art. 337 è, come noi l'abbiamo detto, intieramente inammessibile. Il sig. Proudhon ha adottata la stessa interpretazione. Ma egli è evidente dalla ragione stessa da lui somministrata ch'egli non ha colpito il senso dell'art. 337.

Quid se il riconoscimento ha avuto luogo, per verità, dopo il matrimonio, ma per forza, cioè per sentenza nei casi nei quali esso può in tal guisa aver luogo: vale a dire contro la madre sempre, e contro il padre nel caso dell' art. 340 † 263? Lo ripeto, io non veggo come un riconoscimento forzato potrebbe conseguire maggior effetto del volontario. Non pregiudica forse ugualmente all' altro conjuge ed ai figli del matrimonio?

(*a*) *Eppure questa* giudaica *distinzione è adottata e sostenuta dal signor Toullier al num.* 959 e 960. *Una delle più forti ragioni dal medesimo addotte si è che il matrimonio intermedio, dal quale rimangono de' figli, non impedisce che i figli naturali nati prima del matrimonio possano essere legittimati col matrimonio del di lor padre rimasto vedovo colla di loro madre. Ora, soggiunge lo stesso autore, s'egli può loro conferire la legittimità che dà ad essi i dritti di famiglia e di successione, può tanto più conceder loro, riconoscendoli, i dritti anche meno estesi che la legge accorda ai figli naturali. Argomento di cui non si fa carico il nostro autore.*

337 cente nè ai figli nati dal suo matrimonio, e non produce
260 effetto che nel caso in cui il matrimonio venisse a sciogliersi senza prole (21).

---

(21) Ciò ha bisogno di spiega: poichè potrebbe avvenire che anche in questo caso il riconoscimento non producesse verun effetto. Se, per esempio, il conjuge innocente avesse sopravvissuto, e vi fosse stata una donazione universale in suo favore, il figlio non potrebbe nulla pretendere, poichè il suo riconoscimento non può nuocere a questo conjuge; esso non può dunque avere altro effetto che per quanto la porzione del figlio nella successione non pregiudichi in cos'alcuna ai dritti assicurati dal contratto di matrimonio o dalla legge al conjuge superstite.

Sarebbe intanto difficile il ricusare gli alimenti al figlio naturale riconosciuto anche durante il matrimonio. Gli alimenti sono di dritto naturale; essi son dovuti su i beni del conjuge che ha riconosciuto, quand'anche esistessero de'figli del matrimonio, o che vi fosse donazione universale a vantaggio dell'altro conjuge: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Ma io penso ch'essi non son dovuti se non ne' casi, e nelle proporzioni determinate dagli art. 763 † 678 e 764 † 676. Questo sentimento pare esser quello della Corte di cassazione, come risulta da uno de' motivi cennati nella decisione del 27 agosto 1811 (Sirey, 1812, 1. par. p. 13).

L'art. 337 † 260 suppone che uno de' conjugi, il marito o la moglie indistintamente, può riconoscere durante il matrimonio il figlio avuto prima d'altra persona che dal suo conjuge, salvo che questo riconoscimento non può pregiudicare nè all' altro conjuge nè ai figli. Ma in questo caso, s'è la moglie che riconosce, debb'ella essere autorizzata? Io non lo penso, e per quelle stesse ragioni che mi hanno fatto decidere che il minore poteva riconoscere il suo figlio naturale senza esservi autorizzato. Non è il riconoscimento, è il fatto del concepimento che costituisce l'obbligazione; il riconoscimento non n'è che la pruova: il tutto, salva l'opposizione, se ha luogo, per parte di coloro che vi hanno interesse.

OSSERVAZIONI

SUL TITOLO SETTIMO.

§. I.

Nelle nostre osservazioni al Titolo precedente abbiamo interloquito sulla legittimazione de' figli per susseguente matrimonio già introdotta dagl'imperatori romani nella mira di sopprimere il concubinato, estesa dal dritto canonico, adottata dalle antiche leggi del regno, confermata nel nuovo Codice. Ma un' altra specie di legittimazione, non per effetto del matrimonio, si operava per mezzo delle lettere di grazia, di cui principale oggetto era il togliere ai figli naturali l'incapacità ai pubblici uffizi.

» Siffatta incapacità (dice Toullier, loc. cit. n.° 935)
» è riguardata come una proscrizione ingiusta ed anche no-
» cevole all' ordine sociale contro di figli cui non può con
» giustizia rimproverarsi il vizio della nascita; ed il pregiudi-
» zio che teneva i figli naturali nell' avvilimento, è stato di-
» strutto dalla ragione e dalla umanità. Essi godono presente-
» mente di tutti i dritti politici e civili, ad eccezione de'dritti
» di famiglia che non poteva accordar loro la legittimazione per
» grazia la quale tra noi scomparve divenuta così perfettamente
» inutile ».

Ma in buona pace di questo sommo scrittore, bisognava pure aver riguardo alla pubblica opinione alla quale non sempre si comanda, e che ordinariamente (almeno presso di noi) degrada la condizion de' bastardi, e ne cancella la macchia ove sieno legittimati senza che si guardi ai motivi che la legittimazione produssero. Perchè dunque togliere un tal soccorso ad innocenti figliuoli? È giusto che la grazia del principe non rechi pregiudizio ai figli legittimi nè ad altri congiunti per ciò che riguarda la successione, ma per tutt' altro, per giungere senza ostacolo alle dignità ed agli onori, e per ricevere liberalità a titolo anche universale da' genitori come ogni estraneo, giovando il rescritto del principe, perchè riputarlo *perfettamente inutile?*

Ben dunque nella nostra legislazione venne in questo Titolo aggiunto il nuovo articolo 256 in questi termini: « La le-
» gittimazione di mera grazia accordata con decreto del re,
» gioverà a far acquistare al figlio i dritti della legittimità:

« ma non recherà pregiudizio ai figli legittimi nè ad altri con-
« giunti per ciò che riguarda la successione (*a*) ».

§. II.

Un'altra aggiunzione è stata fatta dal nostro legislatore alla proibizione del riconoscimento a favore dei figli nati da incesto o da adulterio. Si è fra noi estesa questa proibizione nell' art. 258 anche ai figli nati da congiungimento di persone legate da voto solenne o dagli ordini sacri.

Nelle antecedenti osservazioni abbiam detto quanto conveniva sull' impedimento e sulle nullità di siffatte unioni; ed era giusto che i figli nati da chi si consacrò al chiostro o all'altare mai non potesse essere oggetto di legale riconoscimento; giacchè i loro colpevoli genitori non potevano avere in mente di maritarsi, nè alimentar la speranza di un cangiamento di ecclesiastica disciplina, o di una dispensa da quegli impedimenti che rendean fra loro impossibili le nozze.

Avendo la legge messo costoro ad una classe cogl' incestuosi e gli adulterini, tutte le conseguenze che colpiscono questi son riferibili a quelli. Ma perchè dunque allorquando della legittimazione per susseguente matrimonio si è parlato non si sono al pari degl' incestuosi e degli adulterini eccettuati i figli ancora nati da questo profano congiungimento? Noi non sappiamo indicarlo; se non che forse si credè inutile tale spiega, quando la legittimazione del figlio non potendo seguire senza il riconoscimento o anteriore o nell'atto della celebrazione del matrimonio, bastava che questo fosse vietato tanto per gli uni quanto per gli altri. Pur questo riflesso non si credette sufficiente per gli adulterini ed incestuosi pe' quali, e si fece una eccezione nel caso che si pretendesse legittimarli per susseguente matrimonio, e se ne proibì il riconoscimento. Comunque siasi, basterà a noi l'osservare che quando la trista prova della paternità di questi figli del delitto si acquistasse, essi non han dritto di chiedere che il pane della pietà loro concesso dall' art. 678 (*b*).

(*a*) Diversamente, se si fosse dal padre domandato questa legittimazione dal Principe; mentre questa domanda considerandosi come un vero riconoscimento del figlio fatto per atto autentico, ne produce tutte le conseguenze V. nel Diz. di Armellini la decis. della Corte di Parigi del 4 germinale anno XIII, Tomo IV, pag. 58.

(*b*) L'oggetto della legge nell' impedire il riconoscimento de' figli di queste vietate congiunzioni fu d'impedire che costoro acquistassero dritti all' irregolare successione accordata ai figli naturali legalmente riconosciuti, ma non dispensò coloro che ne fossero i genitori dell'ob-

§. III.

Benchè diversamente congegnato l'articolo 336 del Codice francese è uniforme all'art. 259 delle nostre Leggi civili, le quali non han fatto che risparmio di parole.

§. IV.

Il ratto di cui fan parola così il Codice mentovato nell'art. 340 come il nostro nel 263, non dà ragione alla persona rapita di rivolgere contro il rapitore la domanda per dichiarazione di paternità, se non dietro ad un giudizio penale. Noi abbiamo nella sezione II §. 2 delle osservazioni sul matrimonio indicato le disposizioni delle nostre Leggi penali sul ratto comprese negli art 336, 337 e 338. Ma dopo che si fosse giudicato colpevole il rapitore, questa decisione della gran Corte criminale nulla pregiudica alla quistione della paternità del rapitore. Generalmente siffatte decisioni fanno stato per le azioni civili. Ma in questo caso l'incarico del giudice criminale non è che di convincersi se l'accusato abbia con violenza rapita una persona, sia per abusarne, sia per oggetto di matrimonio, e se vi abbia unito lo stupro o consumato o tentato o mancato, onde applicargli le proporzionate pene. Ma convincendosi ancora dello stupro consumato, egli non decide che il rapitore sia il padre del frutto del suo misfatto. È questa una quistione interamente riserbata al giudice civile, che quantunque non possa rivenire sulla prova del ratto già verificato nel giudizio penale, vedrà se l'epoca del concepimento vi coincida. Ma nè la prova del ratto, nè la coincidenza dell'epoca in cui avvenne con quella del concepimento, possono vincolare la coscienza dei gudici e forzarli a dichiarare la paternità del rapitore.

La paternità è sempre incerta, e gli estremi enunciati servono soltanto per autorizzare i tribunali a ricercare il loro convincimento in tutte le relazioni, le circostanze ed i fatti che precedettero e seguirono il reato. È perciò che in detto articolo 263 non si dice che il rapitore *sarà dichiarato* il padre;

---

bligo di nudrirli. Son essi uomini e son figli, tutto che nati da proibite unioni. Non si può da costoro promuovere indagini sulla persona de' loro genitori, ma possono costringerli ad esser giusti. Uniformandosi a questi principj la Corte di cassazione di Parigi confermò col suo arresto de' 26 pratile anno XIII una decisione della Corte di Monpellieri che avea giudicato doversi gli alimenti ad una figlia adulterina riconosciuta dal padre in un testamento olografo. V. Toullier l. c. n. 969, ed il nostro Autore nella sua nota 13 a questo Titolo.

espressioni atte a dimostrare una disposizione assoluta, ma bensì che *potrà essere dichiarato* il padre; ciò indica che se non ostante le pruove poste, i giudici son persuasi che il padre del fanciullo sia diverso dal rapitore, possono liberamente dichiarare che non è questi il padre (Locrè sull' art. 340 del Codice francese; Maleville sullo stesso articolo).

§. V.

Anche altra addizione all'art. 341 del Codice francese, si è fatta nel 264 del nostro. Ivi non si ammette a somministrar la pruova della maternità per testimonj, se non quando vi sia il principio di prova per iscritto: tra noi si è aggiunto l'altro caso, *quando le presunzioni e gl' indizj risultanti da fatti sino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinarne l' ammessione.* Ma questo può riputarsi piuttosto una spiega che una giunta: poichè tutte e due le legislazioni ammettono la pruova della figliazione per mezzo di testimoni non solo nel caso che vi sia principio di prova per iscritto, ma quando ancora le presunzioni o gl' indizj si trovano abbastanza gravi per determinarne l'ammessione (art. 323 ✝ 245); circostanza che a maggior chiarezza han voluto le nostre Leggi ripetere, parlando delle indagini sulla maternità naturale, onde evitare la quistione che discute il nostro Autore nella nota 10 a questo Titolo.

§. VI.

Conchiudiamo colla solita indicazione delle altre quistioni di maggior momento su quest' oggetto non trattate dal nostro Autore, e risolute dalla giurisprudenza così francese che patria.

1. La legittimazione per susseguente matrimonio non ha luogo se non quando il figlio naturale sia riconosciuto prima del matrimonio o nell' atto della celebrazione. La ricognizione che se ne fosse fatta dopo e durante il matrimonio, non varrebbe come legittimazione, quand' anche fosse sostenuta dal possesso di stato. — Douai, 15 maggio 1816 — Sirey, 16, 2, 337.

2. La legittimazione non ha effetto retroattivo. Il figlio concepito prima e nato durante il matrimonio de' suoi genitori, non si reputa, riguardo ai terzi, essere stato legittimato all' epoca del concepimento. In conseguenza non succede ai parenti morti dopo il suo concepimento, e prima del matrimonio de' suoi genitori — Cassaz. 11 marzo 1811, e Corte di Parigi 21 decembre 1812 — *Ivi*, 11, 1, 129 e 13, 2, 88.

3. Un figlio naturale può essere riconosciuto prima della sua nascita, massima costante di giurisprudenza giusta le de-

cisioni della Corte di Aix, Parigi, Colmar e della Cassaz. 16 decembre 1811 *Ivi*, 12, 1, 81.

4. Colui che assistendo all' atto di nascita di un figlio naturale, permette che l'ufiziale dello Stato civile lo disegni come padre del fanciullo, riconosce la sua paternità col solo apporre la firma in piè dell' atto di nascita. — Bruxelles, 4 luglio 1811 – e se in quest' atto lo ha qualificato come figlio legittimo, non può pregiudicare questa legittimità, qualificandolo nel suo testamento per figlio naturale. — Grenoble, 3 febbrajo 1807. *Ivi*, 12, 2, 274, e 7, 2, 84.

5. La ricognizione di un figlio naturale da un padre ammogliato è assolutamente nulla, e non può aver effetto nè pro nè contro al figlio. — Digione, 29 agosto 1818—*Ivi*, 19, 2, 153.

6. La ricognizione di un figlio naturale, che, fatta durante il matrimonio, non può pregiudicare i figli legittimi; può loro nuocere quando sia fatta dopo lo scioglimento del matrimonio, cioè dopo la morte di uno de'conjugi. — Cassazione, 6 gennaio 1808 — *Ivi*, 8, 1, 86.

7. L' art. 337 ✝ 260 non vieta al figlio naturale riconosciuto dopo il matrimonio di cercar gli alimenti. Quest'articolo non gli toglie che i dritti di successione, Rennes, 22 marzo 1180. — *Ivi*, 10, 2, 255, ed Agen, 13 marzo 1817. *Ivi*, 27, 2, 281.

8. L' art. 338 ✝ 261 del Cod. civ. che non permette al figlio naturale di reclamare i dritti di figlio legittimo, non è applicabile al figlio naturale che il padre adotta. In questo caso il figlio naturale può godere di tutti i vantaggi accordati ai figli adottivi. — Cassazione, 24 luglio 1811. — *Ivi*, 11, 1, 329.

9. Il riconoscimento di un figlio naturale non può essere più rivocato dal padre. — Pau, 5 aprile an. XIII. — *Ivi*, 6, 2, 8.

10. Il Codice civile non dee regolare le pruove della paternità di un figlio naturale nato sotto l' antica legge; e quindi potendosi detta paternità far risultare da fatti gravi e concomitanti, possono al medesimo esser aggiudicati gli alimenti a danno di colui che viene indicato suo padre. — Corte di appello di Catanzaro, 20 giugno 1812. Catalani, 3, 248.

TITOLO VIII.

DELLA PATRIA PODESTA'.

La patria podestà può essere definita: un dritto accordato ai padri ed alle madri dalla natura e dalla legge sulla persona e sui beni de' loro figli.

Ai padri ed alle madri: poichè nel nostro dritto la patria podestà essendo unicamente fondata sulle relazioni naturali che uniscono i genitori ed i figli, appartiene alla madre non meno che al padre (1); ma siccome durante il matrimonio la moglie ella stessa è sottoposta alla podestà maritale, l' esercizio della patria podestà ha dovuto essere accordato durante lo stesso tempo (2) al solo padre.

373 *289*

Dalla natura e dalla legge: perchè è la natura istessa, come si è veduto al Titolo *del matrimonio*, che ha fermato le basi dei doveri scambievoli dei genitori e dei figli;

---

(1) Il principio che, anche durante il matrimonio, il dritto della patria potestà virtualmente appartenga al padre ed alla madre, quantunque il solo padre possa esercitarlo, risulta dalla combinazione degli articoli 372 † 288 e 373 † 289. Il primo dice, che il figlio è soggetto alla loro autorità, cioè all' autorità de' suoi genitori, fino a che sia fatto maggiore, ec. L' art. 373 soggiunge: *il padre solo esercita quest' autorità durante il matrimonio*; il che distingue il dritto in se stesso dall' esercizio del dritto: distinzione che può essere utile per risolvere più quistioni su tal materia.

Un' Ordinanza del Re in data del 26 aprile 1820 (Bullet. n. 8678) comunicata alla Camera de' Pari, e trascritta sui suoi registri, ha riservato al Re ed ai suoi successori la patria potestà sui figli del Duca di Berry morto nel 5 febbrajo precedente; egualmente che il dritto di nominare tutti i tutori onorarii, tutori surrogati, o curatori ,,.

(2) Cioè durante il matrimonio. *Quid* se siavi stata separazione personale? Ci riferiamo a ciò che abbiam detto qui sopra alla nota 223 pag. 114. Intanto due decisioni della Corte di appello di Parigi, inserite nel *Giorn. della giurispr. del Cod. civ.* tom. X. p. 337, han giudicato che anche quando i figli erano stati affidati alla madre, il padre conservava la patria potestà, e quindi la tutela. In vero, queste decisioni furono emesse per un caso di divorzio. Ma dovrebbe tanto più valer lo stesso nel caso di separazione personale, che non discioglie affatto il nodo del matrimonio. Intanto, quando la madre è incaricata esclusivamente di aver cura della persona de' figli; quando da un' altra parte è principio generale che questa cura porta seco l' amministrazione de' beni, *tutor dator personae, rebus per consequentias tantum*, io lo domando su di che puossi esercitare la tutela, o la patria potestà?

ma stabilito il principio, apparteneva alla legge civile regolarne l' applicazione.

Sulla persona: il figlio è sottoposto per legge all'autorità del padre e della madre fino a che sia divenuto maggiore o emancipato (3). Da questa disposizione risulta: 372 *288*

1.° Che sino allora non può abbandonare la casa paterna senza il loro permesso; però la necessità dell' assoldare ha fatto ammettere che questa proibizione cessasse riguardo al figlio per causa di arrolamento anche volontario, ma solo dopo compiti gli anni diciotto. 374 *290*

Nota. Le figlie che vogliono entrare nelle congregazioni ospitaliere prima dell' età di ventun anni sono obbligate a conformarsi agli articoli 148 *163*, 149 *164*, 150 *164*, 159 *173*, 160 *174* del Codice (4) (Decreto del 18 febbrajo 1809 art. 7, *boll.* n.° 4127).

2.° Che la legge ha dovuto mettere nella mano del padre e della madre i mezzi di correggere il figlio che loro desse gravi motivi di malcontento. 375 *302*

Questi mezzi variano in ragion dell' età e della situazione del figlio.

S' egli non ha ancora compiti i quindici anni, può il padre per sola sua volontà farlo tenere prigione per un tempo non maggiore di un mese; ed a tale effetto il presidente del tribunale del suo domicilio (5), a di lui

---

(3) *Quid* se il padre o la madre è condannato ad una pena afflittiva o infamante? Se sia la madre, non vi ha difficoltà alcuna; la potestà continua ad essere esercitata dal padre: ma se sarà il padre, io credo che siffatto esercizio debb' essergli tolto, quand' anche la separazione non si fosse richiesta (Argom. tratto dall' art. 221 † 201). La potestà patria sarà dunque esercitata dalla madre col concorso de' due più prossimi parenti paterni. (Argom. tratto dall' art. 381 † 308).

(4) Il decreto non ha citato l' art. 151 † 166. Se ne dee conchiudere che le figlie maggiori di ventun anni non sono obbligate in questo caso a domandare il consiglio dei loro genitori, o altri ascendenti; e ciò per due ragioni. La prima si è che l' impegno che si contrae in una congregazione è lungi dall' ottenere gli stessi risultamenti del matrimonio; e la seconda, che questa specie d' impegni, anche rispetto alle novizie di età maggiore, non sono al più che per cinque anni (art. 8 dello stesso decreto).

(5) Benchè la semplice domanda del padre, anche senza manifestazione di motivi, sia sufficiente per far arrestare il figlio, vi bisogna nulladimeno sempre l' ordine del presidente; prima perchè l' arresto esige il concorso della forza pubblica, che un semplice particolare

376 istanza anche non motivata, dee rilasciare l' ordine di ar-
303 resto.

Dopo l' età di quindici anni compiti sino alla maggior età od alla emancipazione, il padre non può agire che per via di richieste. In conseguenza è tenuto di rivolgersi al presidente dello stesso tribunale con ragionata domanda; e questi dopo aver conferito col regio procuratore può rilasciare o ricusare l' ordine dell' arresto; o anche accordandolo abbreviare il tempo della detenzione
377 richiesto dal padre, il quale tempo in verun caso non
304 può eccedere i sei mesi.

Le stesse formalità debbono osservarsi anche riguardo al figlio che non ha quindici anni compiti, nei quattro casi seguenti:

308 1. Se il padre è passato a seconde nozze (6); 30
382 2. Se il figlio possiede beni proprj; 30

3. Se esercita una professione.

In questi due ultimi casi il figlio arrestato (7) può anche indirizzare una memoria al procurator generale presso la Corte reale; e questi fattosi render conto dal regio procuratore dei motivi dell' arresto, ne dirige relazione al presidente della corte; il quale ne dà avviso al pa-

---

non ha il dritto di far agire; ed in secondo luogo perchè a' termini dell' articolo 120 del Cod. penale il carceriere o custode della casa di detenzione non può ricevere chicchessia senza un ordine dell' autorità competente, sotto pena di prigionia da sei mesi a due anni, e di ammenda da sedici a due cento franchi (*a*).

Il germe di questa disposizione si trova nella legge 3 Cod. *de patria potestate*.

(6) Si può temere che il padre non si lasci sedurre dagli artificj di una madrigna.

(7) Queste parole provano che l' ordine di arresto si è dovuto eseguire provvisionalmente, e che il ricorso del figlio non sia sospensivo.

(*a*) *Ecco le parole dell' art. 120 citato dall' autore: " I custodi o carcerieri delle case di deposito, di arresto, di giustizia o di pene, che avranno ricevuto un prigione senza mandato o sentenza, o senza ordine provvisorio del Governo ec. saranno come colpevoli di detenzione arbitraria puniti colla prigionia di sei mesi a due anni e con un'ammenda di sedici a dugento franchi ".*

Le nostre Leggi penali nell' art. 239 dicono egualmente: " I custodi o carcerieri che abbiano ricevuto un prigione senza legal mandato o sentenza di chi ne ha il potere dalla legge, son puniti col primo grado di prigionia, e colla interdizione di due a cinque anni dall' ufizio ".

dre (8), e dopo di aver raccolte tutte le informazioni 382
convenienti, può rivocare o modificare l'ordine precedente. *309*

4. In fine se la patria potestà si esercita dalla madre, l'arresto del figlio non può esser che domandato da lei, purchè, non sia rimaritata, e che la sua domanda sia avvalorata dal concorso (9) dei due più prossimi parenti 381
paterni (10). *308*

Del resto coloro i quali hanno ordinato o chiesto la prigionia (11) hanno sempre il dritto di abbreviarne il 379
termine; come possono altresì ordinarlo e chiederlo nuo- *306*
vamente se il figlio posto in libertà ricade in nuovi traviamenti; ma in tutt'i casi a carico di pagar tutte le spese 378
e di somministrare i congrui alimenti. *305*

Non dee d'altronde esservi luogo ad alcun' altra specie di formalità, tranne il solo ordine di arresto che non ha da esprimere neppure i motivi pei quali ha dovuto *ivi*
esser dato.

E su i beni: il dritto del padre e della madre su i beni 384
dei loro figli consiste nell'usufrutto dei beni medesimi (12), *298*

---

(8) O alla madre, o al tutore, se da costoro sia stata richiesta la detenzione.

(9) Pare che bisogni il concorso di entrambi. Se uno de' due non consentisse, la detenzione non potrebbe aver luogo, almeno per questo mezzo. Ma potrebbe esser richiesta sia dal tutore, sia dalla madre stessa se fosse tutrice, secondo la forma prescritta dall' articolo 468 † 391, cioè coll' autorizzazione del consiglio di famiglia, il quale deciderebbe allora a pluralità di voti (art. 416 † 337).

(10) *Quid* se non vi fossero parenti paterni, o se costoro abitassero ad una distanza molto lontana? Bisognerebbe allora aver ricorso all' art. 468 † 391.

(11) Quantunque l'art. 379 † 306 sembrasse non accordare questo dritto che al padre, io penso peraltro, contro il sig. PROUDHON, che non vi sia ragione alcuna per ricusarlo alla madre, o al tutore, osservando che questi ultimi debbono esser sottoposti, onde abbreviare la detenzione, alle medesime formalità prescritte per poterla richiedere; e quel che pruova quanto sia pericoloso l' attaccarsi troppo servilmente alla lettera della legge, si è che il PROUDHON il quale nega alla madre legittima il dritto di abbreviare la detenzione del figlio, anche coll' assenso de' parenti paterni, accorda questo stesso dritto alla madre naturale sola, e senza il concorso di chicchessia. L' immoralità di questa distinzione soltanto basterebbe a farla proscrivere.

(12) Questo dritto rassomiglia molto a quello il quale nella maggior parte delle antiche Costumanze veniva accordato al padre o alla madre superstite; ed alle volte anche agli altri ascendenti. In alcune provincie si chiamava *bailo*; in altre e specialmente a Parigi si nomi-

sotto le seguenti condizioni :

---

nava *guardia nobile* o *borghese* , secondo la qualità delle persone. Pothier e Renusson han composto ciascuno un trattato su questa materia.

Ne' paesi di dritto scritto , prima del Codice esistevano quattro specie di beni o peculii che poteva acquistare il figlio di famiglia.

1. Il peculio castrense, che il figlio avesse acquistato alla guerra o in occasione della guerra.

2. Il peculio quasi - castrense che il figlio acquistava negl'impieghi della casa de' principi , nelle funzioni della magistratura , ne' beneficii ecclesiastici , e nella professione delle arti liberali.

Il padre non avea alcun dritto su queste due specie di peculii , riguardo ai quali il figlio era riguardato come padre di famiglia , mentre poteva pure disporne per testamento.

3. Il peculio profettizio , proveniente dal padre. La proprietà e l' usufrutto di questo peculio appartenevano al padre. Il figlio ne avea solo l' amministrazione , sino a che non gli fosse ritirata dal padre ; egli ne avea egualmente , durante lo stesso tempo , la disposizione a titolo oneroso , ed anche a titolo gratuito tra' vivi ; ma in quest' ultimo caso , col consenso del padre soltanto.

4. Finalmente , il peculio avventizio , che si componeva di tutti i beni del figlio diversi da quelli compresi ne' tre antecedenti peculii. Il padre avea soltanto l' usufrutto di questo peculio , rimanendo la proprietà nella persona del figlio. Ma quest' era un vero usufrutto , che non si estingueva che per la morte dell' usufruttuario , vale a dire , del padre , e ciò , quand' anche il figlio fosse morto prima. Ciò non ostante il dritto del padre era esso pure sottoposto a due eccezioni :

1. Riguardo ai beni ch' erano stati donati o legati al figlio , sotto l' espressa condizione che il padre non ne avesse l' usufrutto.

2. Allorchè il figlio moriva , lasciando i suoi fratelli o sorelle per eredi. In questo caso , le porzioni devolute ai fratelli e sorelle , erano discaricate dall' usufrutto del padre ; e ciò in considerazione di ciò che la legge dava al padre una porzione di questa stessa successione in piena proprietà.

Debbonsi inoltre riflettere a molte differenze essenziali tra queste disposizioni e quelle del Codice.

1. Presso i Romani , esso era , come abbiam visto , un vero usufrutto , inerente alla persona del padre , e che non si estingueva che per la sua morte o per l' emancipazione del figlio ; ed ancora , in quest' ultimo caso , il padre conservava l' usufrutto della metà de' beni. Presso noi è un semplice godimento , che finisce colla morte del figlio , o quand' egli sia giunto all' età di diciotto anni , o sia stato emancipato prima di questa età.

2. Presso i Romani , questo usufrutto non avea luogo che sul peculio avventizio del figlio. Presso noi il godimento si estende a tutti i beni , ad eccezione di quelli che il figlio acquista con industria separata , e di quei che gli sono stati donati o legati sotto la condizione che il padre o la madre non ne godessero.

3. Presso i Romani , l' usufrutto non poteva appartenere che al padre solo , perchè desso era uno degli effetti della patria potestà che non apparteneva se non al padre. Presso noi il godimento può , in certi casi , appartenere alla madre , in mancanza del padre.

Esser tenuto ai pesi usufruttuarj (13); nutrire, mantenere ed educare i figli in proporzione delle loro sostanze; pagare le annualità e gl' interessi de' capitali (14); pagare 385 le spese funebri e quelle dell' ultima malattia (15). *299*

Non sono compresi in quest' usufrutto:

1. I beni che il figlio acquista col proprio lavoro o con industria separata (16);

---

(13) Onde conoscere quali sieno questi pesi, riscontrate gli articoli 605 † 530 e seguenti, e qui appresso il Tit. dell' *usufrutto*.

(14) Nel dritto antico, il *bailo* o guardiano, (quello, cioè, che accettava il carico della guardia nobile o borghese) era obbligato a pagare anche i capitali di tutt' i debiti mobiliari dal defunto. Egli è vero che in quel tempo l' obbligazione non sarebbe stata così estesa come oggidì, perchè, secondo la maggior parte delle Costumanze, le rendite erano immobili.

(15) Di quali spese si è inteso qui parlare? Egli è certo che prendendo l' articolo solo in se stesso, e senza verun rapporto al dritto che ha preceduto il Codice, s' intenderanno sempre le spese funebri e dell' ultima malattia del figlio. Ciò che ha prodotto quistione su questo soggetto si è, che nel dritto antico il guardiano era incaricato di pagare le spese funebri di coloro la successione de' quali scadeva ai minori, e si comprendeva nella guardia; ma nulladimeno io penso che all' indicato articolo bisogna conservare il senso che naturalmente presenta, ed intenderlo delle spese funebri e di ultima malattia del figlio de' di cui beni il padre o la madre ha l' usufrutto, ed io ne traggo argomento dalle considerazioni seguenti:

1. Gli autori mettevano altre volte le spese funebri in prima linea, perchè erano effettivamente le prime che il guardiano doveva pagare. Il Codice al contrario le pone in ultimo luogo, probabilmente perchè sono le ultime che il padre dee soddisfare: or dunque esse non possono essere le ultime che riguardando il figlio.

2. La maggior parte delle Costumanze non sottoponevano espressamente il guardiano al pagamento di queste spese. Ma nulladimeno stimavasi ch' egli v' era tenuto perchè queste spese facevano parte de' debiti mobiliari della successione, debiti a' quali il guardiano era tenuto. Oggidì il padre o la madre che ha l' usufrutto, non è tenuto pe' capitali di questi debiti. Egli non deve dunque esser tenuto alle spese funebri del predefunto più che nol sia ad ogni altro debito di lui. Queste spese han dovuto esser pagate dalla successione, e menomarla di altrettanto: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* (a).

(16) Questo rassomiglia molto al peculio *castrense*, e *quasi castrense* de' Romani, salvo che questi due peculii erano meno estesi.

(a) Il signor TOULLIER *dinota diversamente il quarto peso di questo usufrutto, ed ecco le sue parole.* " *4. Le spese funebri, e* ,, *quelle dell' ultima malattia di coloro dai quali i figli avessero* ,, *ereditato* ,,. *E così lo interpetriamo noi pure nelle nostre osservazioni a questo titolo, dove ne sono addotti i motivi.* *V. pag.* 309.

2. Quelli che gli fossero lasciati per donazione o per legato con la espressa condizione che il padre e la madre non ne abbiano a godere (17);

387 *301*

3. Quelli che provengono da una successione di cui il padre o la madre sono stati dichiarati indegni;

730 *653*

4. I beni che formano i maggiorati. (Parere del Consiglio di stato approvato il 30 gennajo 1811, *boll.* n.° 6505).

384 *298* 386 *300*

L'usufrutto appartiene al padre (18) finchè dura il matrimonio; ma dopo il suo scioglimento bisogna distinguere: se sopravvive il padre, l'usufrutto gli appartiene o che si rimariti o che no: esso non appartiene alla madre superstite, che durante la sua vedovanza (19). In ve-

---

(17) Purchè però il figlio non abbia su questi beni un dritto di riserva o di legittima; poichè la disposizione dall'art. 387 † 301 essendo fondata sulla considerazione che chi poteva donare o non donare, abbia potuto apporre alla sua donazione quella condizione ch' egli ha stimata convenevole, essa non può applicarsi alla riserva che il legittimario ha dritto di raccogliere, indipendentemente dalla volontà, ed anche contra la volontà del defunto, come lo vedremo al Tit. *delle donazioni*. Se dunque l'avo paterno di un figlio il di cui padre è morto, l'istituisce suo legatario universale, sotto la condizione che la madre superstite non avrà l'usufrutto, farà d'uopo distrarre dal legato la porzione che il figlio avrebbe potuto reclamare su i beni dell avo a titolo di legittima o di riserva, e l'usufrutto di questa porzione dovrà essere accordato alla madre. Tale è la decisione della Novella 117 cap. 1. Per la stessa ragione se il padre vien gravato di restituzione verso i suoi figli a' termini dall' art. 1048 † 1003, egli non potrà imporre alla restituzione de' beni gravati la condizione che la madre non ne avrà l'usufrutto.

(18) Solo. In conseguenza se i conjugi non sono in comunione di beni, il marito profitterà solo dell' indicato usufrutto. *Quid* se avvi separazione personale? Questo caso va ad essere esaminato di qui a poco.

(19) La madre che si rimarita passa nella famiglia del marito: il padre rimane sempre capo della sua.

Quid, se la madre che perduto abbia l'usufrutto per un secondo matrimonio, ritornò ad essere vedova prima che i suoi figli siano pervenuti all' età di diciotto anni, o siano tutti emancipati, l'usufrutto ritornerà anch' esso a di lei profitto? Io non lo stimo. La legge non dice che resta l'usufrutto sospeso, ma che cessa di fatto. Sarebbe d'uopo adunque di una espressa disposizione della legge per ristabilirlo.

Del rimanente, dal perchè la madre la quale passa a seconde nozze perde l'usufrutto, si è conchiuso con molto fondamento, e con più valida ragione, che la madre la quale vive in un notorio sregolamento di costumi, debb' esserne egualmente privata. Così venne deciso a Limoges il 16 luglio 1807, ed il 2 aprile 1810. (*Giorn. della giurispr. del Cod. civ.* tom. XV. pag. 279. Una contraria decisione però

run caso il conjuge sopravvivente può reclamarlo, se non dopo che abbia fatto procedere all' inventario dei beni del defunto. 1441 1406

Se vi è stata separazione di corpo l' usufrutto non ha luogo a vantaggio di quegli contro del quale la separazione fu pronunziata (20). 386 300

Qualunque sia la persona in di cui favore ha luogo l' usufrutto, questo cessa di pieno dritto tosto che i figli sien giunti ai diciotto anni compiti, o sino alla loro emancipazione se ebbe luogo prima di quell' età (21). 384 298

---

fu data fuori dalla Corte di Aix il 30 luglio 1813. (Sirey, 1814, 2. par. p. 70). Ma non può negarsi che la decisione della Corte di Limoges non abbia a meritar la preferenza, come di gran lunga più morale, e come potendo essere parimenti avvalorata dall' art. 386 † 300.

(20) Se dunque siasi ottenuta la separazione contro della madre, questa non avrà l' usufrutto anche dopo la morte del padre. Ma se sia contro del padre, la madre avrà subito l' usufrutto, o solamente dopo la morte del padre? Mi sembra che il padre dovendo solo godere quest' usufrutto sino a che sussiste il matrimonio, la madre ne sia per ciò solo esclusa durante lo stesso intervallo; e se per qualche circostanza avviene che ne rimanga il padre privo, non sarà mai questa una ragione perchè ritorni alla madre innanzi l' epoca prescritta dalla legge, cioè quella dello scioglimento del matrimonio. I figli ne profitteranno dunque sin che il padre vivrà, e la madre non potrà reclamarlo che quando siano essi minori e non emancipati, nel tempo dello scioglimento del matrimonio. Io so bene che potrebbe risultarne l' inconveniente, che il padre emanciperà i suoi figli nella sola mira di privar la madre dell' usufrutto. Ma questo inconveniente è inseparabile dallo stato attuale della legislazione, siccome l' ha determinata l' art. 384 † 298; ma sarà facile il rimediarvi allorchè si redigerà la legge organica della separazione personale.

(21) Noi vedremo qui appresso che il figlio il quale ha padre o madre può esser emancipato a quindici anni. (art. 477 † 400).

Quid se il figlio muore prima de' diciotto anni? Cessa l'usufrutto oppure prosiegue fino a che il figlio fosse giunto a quest'età? La ragion del dubbio si deduce 1.° dal che anticamente ne' paesi di dritto scritto, il padre conservava per tutta la sua vita l' usufrutto de' beni de' figli morti prima dell' emancipazione; e 2.° perchè l' art. 620 † 545 porta che l' usufrutto accordato fino a che un terzo sia giunto a tal età, debbe continuare sino a quell' epoca, malgrado che il terzo sia morto prima dell' età determinata.

Nulladimeno io penso che l' usufrutto del padre e della madre debba cessare con la morte del figlio trapassato prima dell' età di diciotto anni, o prima della sua emancipazione; ed io mi fondo su questi motivi: 1.° L' art. 385 † 299 colloca in ultima linea, come lo abbiamo già fatto osservare, le spese funebri e quelle di ultima malattia del figlio, perchè suppone che siano queste le ultime che dovranno essere

De' loro figli, legittimi solamente. Pertanto sicco-

---

a carico del padre. D'altronde questo articolo impone al padre che gode l'usufrutto, il peso degli alimenti, del mantenimento, e dell'educazione del figlio. Tutti questi pesi cessano con la morte del figlio; dunque il profitto dee parimenti cessare.

Secondariamente, la legge accorda al padre o alla madre l'usufrutto de' beni de' loro proprj figli. Questi morti, i beni non appartengono più ad essi. Il padre e la madre non debbono dunque più goderne, poichè il di loro dritto si estende solo a que' beni che appartengono ai di loro figli; ed ecco probabilmente perchè la legge si è servita piuttosto del vocabolo *godimento* che del vocabolo *usufrutto*, perchè si sarebbe potuto conchiudere che questo usufrutto si dovesse estinguere nelle stesse maniere con le quali si estingue l'usufrutto ordinario.

In tergo luogo l'art. 754 † T. concede ai padri ed alle madri che succedono ai proprj figli insieme con i collaterali, l'usufrutto del terzo della porzione di costoro, e ciò indistintamente. Or s'essi conservassero l'usufrutto dell'intero, non sarebbe necessario di accordar loro quello del terzo.

Quarto infine, il godimento di cui si tratta ha molto più somiglianza ed analogia con la *guardia nobile o borghese* de' paesi di Costumanze, che con l'usufrutto accordato al padre ne' paesi di dritto scritto. Or la *guardia* terminava con la morte naturale o civile del minore (*a*).

Il godimento legale può cessare ancora con la rinunzia del padre. Ma si domanda a questo riguardo: 1.° se questa rinunzia sarebbe riguardata come un lucro soggetto a collazione. L'affermativa non ci sembra affatto dubbia. L'art. 843 † 762 ordina la collazione di tutto ciò che si è ricevuto dal defunto direttamente o indirettamente. Or dunque la rinunzia ad un dritto acquistato, è certamente un lucro indiretto a favore di colui che profitta della rinunzia.

Si domanda in secondo luogo, se i creditori del padre potrebbero in virtù degli art. 1167 † 1126 e 622 † 547 far annullare una simile rinunzia, come fatta in pregiudizio de' di loro dritti? Io penso per la medesima ragione che dove tal rinunzia debba riguardarsi come un vantaggio, i creditori possono domandarne la rivoca. (Argom. tratto dall'art. 788 † 705). Così deciso dalla Corte di Amiens il 20 agosto 1817, e da quella di cassazione l'11 maggio 1819 (Sirey, 1819, 1. par. p. 446).

Ma è ben inteso che queste due decisioni si applicano solo al caso in cui la rinunzia sia stata pura e semplice; che ove fosse una conseguenza dell'emancipazione, come la cessazione dell'usufrutto in questo caso non proviene, a parlar propriamente, dal fatto del padre, ma dalla disposizione della legge; e che d'altronde l'emancipazione è un atto emanato dal dritto della patria potestà, dritto esclusivamente an-

(*a*) *Veggansi nel* Toullier *gli argomenti prodotti in sostegno di questo sentimento nel quale egli è d'accordo col nostro autore, come risultante dallo spirito del Codice, e supposto benanche in varie disposizioni di esso.* (*num.* 1072.)

me i dritti sulla persona (22) sono stabiliti nell' interesse de' costumi ed a pro de' figli medesimi anzi che de' genitori, possono essere esercitati del pari su i figli naturali riconosciuti. 383 310

In tutt' i casi i padri o le madri che hanno attentato ai costumi dei loro figli, eccitando, favorendo o facilitando la loro incontinenza o corruzione, son privati di tutti i dritti e vantaggi risultanti dalla patria podestà.

---

nesso alla persona del padre e della madre, è evidente che i creditori i quali non hanno al certo il dritto d'impugnare l' emancipazione, non hanno neanche quello di domandare il proseguimento dell' usufrutto, la di cui cessazione è la conseguenza necessaria dell'emancipazione. Per la causa stessa non vi sarà in tal caso neppur luogo a collazione.

Anticamente nei paesi di dritto scritto si aveva un' opinione ben singolare su questi diversi punti. Si pensava che la rinunzia del padre all' usufrutto legale, anche senza emancipazione, non era un utile sottoposto a collazione; e da un' altra parte si sosteneva che questa rinunzia, anche quand' era la conseguenza dell' emancipazione, poteva essere annullata sulla richiesta de' creditori. Sembra difficile di assegnare una ragion plausibile di questa giurisprudenza, la quale par che sia poco d' accordo con se stessa; e crediamo che il sistema da noi stabilito sia tutto quello che può immaginarsi di più ragionevole.

(22) Ma non già i dritti su i beni, che vanno unicamente a vantaggio de' genitori. Or *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum.* È da notarsi che l' art. 383 † 310 si contenta di dichiarar comuni ai genitori de' figli naturali gli art. 376, 377, 378, e 379 † 304, 305, e 306. E perchè mai non vi ha aggiunto gli art. 380, 381, 382 † 307, 308 e 309? Relativamente all' art. 381 vi ha una ragione evidente, ed è che il figlio naturale non avendo altri congiunti che i suoi genitori, ed essendo assolutamente straniero, quanto ai rapporti civili, ai parenti di costoro, non si poteva esigere il concorso de' parenti. Ma io confesso essermi impossibile di rintracciare un motivo plausibile per giustificare l' ommissione degli art. 380 e 382. Dobbiam temere forse meno la malevolenza della moglie del padre pel figlio naturale, che pel figlio legittimo di suo marito? I motivi che han fatto esigere il concorso dell' autorità per l' arresto del figlio minore di sedici anni, ove possegga de' beni personali o ch' abbia uno stato, e che gli attribuiscono negli stessi casi il dritto di ricorrere contro l' ordine di arresto, sono forse meno validi riguardo al figlio naturale che riguardo al figlio legittimo? Io penso dunque che gli art. 380 e 382 siano applicabili egualmente ai figli naturali. Il signor Proudhon il quale è di un avviso contrario intorno all'art. 382, ne dà per ragione che sia più difficile di supporre uno stato e de' beni nella persona di un figlio naturale che in quella di un figlio legittimo. Ma questa ragione è evidentemente nulla. In che mai può su tutto ciò influire la qualità di figlio naturale? Qual è lo stato che un fanciullo di quindici anni potrà avere essendo figlio legittimo, e non avere se naturale? Da un' altra parte, il figlio naturale non può

Van puniti inoltre col carcere di due a cinque anni e coll' ammenda di trecento a mille franchi; sono interdetti da qualunque tutela e curatela e da ogni partecipazione nei consigli di famiglia per l' intervallo di dieci a venti anni, e potranno esser messi durante lo stesso tempo sotto la sorveglianza dell' alta polizia.

Le stesse pene sono applicate ai tutori o altre persone incaricate della sopravveglianza dei fanciulli. (Cod. pen. art. 334 e 335).

---

posseder de' beni provegnenti dalla successione di suo padre o di sua madre? ec.

Ma qui rimane una difficoltà: come mai la patria potestà verrà esercitata rispetto al figlio naturale? L' art. 373 † 289 non è in questo caso applicabile, poichè non vi è matrimonio. Dietro il principio precedentemente stabilito, cioè che la patria potestà risegga virtualmente nella persona de' genitori, noi avvisiamo che se il fanciullo non è stato riconosciuto che dal padre o dalla madre, la potestà dev' esercitarsi da chi ha riconosciuto. S' egli sia stato riconosciuto da ambidue, ambidue dovranno congiuntamente esercitarla. Ed in fatti, qualora il padre e la madre sono maritati, è cosa semplice che la moglie la quale è essa stessa sottoposta alla potestà del marito, non abbia l' esercizio della patria potestà. Or questa ragione qui non esiste. Si oppone l' art. 158 † 172 il quale pel matrimonio del figlio naturale non richiede che il consenso del padre, anche allor quando è riconosciuto dalla madre. Ma è egli evidente che quest' ultima disposizione sia unicamente relativa al matrimonio che la legge cerca sempre di favorire.

Quid se essi non sono di accordo sulla custodia, o educazione del fanciullo? I tribunali esamineranno *quid utilius* a quest' ultimo (*a*).

Ma se il padre non ha riconosciuto, o s' è morto, come mai la potestà sarà esercitata dalla madre, se il figlio è minore di sedici anni? Il signor Proudhon pensa che la madre può in questo caso ordinare la detenzione. Io non posso abbracciar questa opinione: primo, perchè mi sembra immorale l' accordare un dritto alla madre naturale che la legge ricusa alla madre legittima; ed in secondo luogo, perchè l' intervenzione del giudice qui è tanto più necessaria in quanto che manca la garentia che risulta, relativamente alla madre legittima, dal concorso de' due più prossimi parenti paterni.

Quid se la madre naturale è maritata ad un' altra persona? Ella non debb' essere più favorevolmente trattata della madre legittima, la quale va priva in questo caso dell' esercizio della patria potestà. Questa apparterrà dunque allora al padre solo, ed in sua mancanza al tutore, a norma dell' art. 468 † 391.

(*a*) *Ma possono almeno costoro, chiede* Toullier *al numero* 1074, *domandar nel bisogno gli alimenti ai di loro figli naturali? Il Codice, ei risponde, tace intorno a siffatta quistione, e l'abbandona alla prudenza de' magistrati.*

OSSERVAZIONI

SUL TITOLO OTTAVO.

La patria potestà, dritto fondato sulla natura e confermato dalla legge che concede al padre, in sua mancanza alla madre, la facoltà di correggere la condotta de' loro figli, di sorvegliarne le persone, di amministrare ed usufruire i loro beni, è stato pure oggetto di riforme e modificazioni non poche nelle nostre Leggi civili (*a*). Noi le noteremo brevemente, cominciando dagli articoli affatto nuovi per parlar poscia di quelli semplicemente modificati.

§. I.

Il primo articolo nuovo che s'incontra in questo Titolo è quello trascritto al num. 292, che è una conseguenza dell'antecedente in cui la legge avea dichiarato il padre amministratore de' beni dei di lui figli minori. « Egli (soggiunge il nuo-
» vo articolo) non potrà accettare una eredità devoluta al mi-
» nore altrimenti che col beneficio dell'inventario: non potrà
» però ripudiarla senza l'approvazione del tribunale civile;
» — Non potrà anche ipotecare o alienare i beni immobili
» de' figli minori, se non per necessaria ed urgente cagione, e
» coll' approvazione del tribunale civile ».

Con simile disposizione, abolita la distinzione de' peculj castrense, quasi castrense, profettizio ed avventizio, e per quest' ultimo moderata quella *plenissimam potestatem uti, frui, gubernareque res predicto modo adquisitas* che avea Giustiniano accordata al padre (*b*), si è questi considerato nei casi indicati come se fosse un tutore, ed a lui si sono estesi gli obblighi di cui fa menzione la legge negli art. 380 e 384. Ma se il tutore per ripudiar l'eredità, o per alienare gl' immobili ha bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia,

---

(*a*) Fanno in questo luogo al proposito le parole del nostro professore Apruzzese: ,, Incaricata la commissione legislativa, ed in ,, seguito la Gran Cancelleria a darci un Codice, si posero in considerazione in tutta la loro estensione le antiche e le nuove leggi; e siccome le romane parevan dirette al dispotismo, le francesi indirettamente tendere all' insubordinazione, e le nostre antiche presentavano ,, un centone di leggi di diverse nazioni, così bisognò trovar una media proporzionale a renderle nel modo che si evitassero questi scogli.,, (*Corso di studio legale* ec. tom. III. p. 60 e 61.

(*b*) L. 6 §. 2 Cod. de bonis quae liber.

basta al padre la sola approvazione del tribunale civile: quella può aver di mira anche l'utile del minore, questa non altro che la necessità urgente.

Tranne siffatte restrizioni, il padre nella sua qualità di amministratore può far tutti gli altri atti vietati al tutore; quindi liberamente promuovere qualunque azione relativa ai dritti del figlio sopra beni immobili, del pari che aderire a domande relative agli stessi dritti, transigere, compromettere, ec. Il conto ch'ei dee della tenuta amministrazione mette in salvo gl'interessi del figlio.

Si è così supplito al vuoto che lasciava la legislazione francese, la quale avendo dichiarato egualmente il padre amministratore de' beni del figlio durante il matrimonio, determinato non aveva quel che il padre poteva fare con la qualità di amministratore, specialmente circa l'alienazione necessaria, in tanti casi, de' beni del figlio.

§. II.

L' altro nuovo articolo è il 295 di cui ecco le parole:

» Il figlio, tutto che maggiore, pria che giunga agli anni » venticinque compiti avrà bisogno del concorso del padre » nell'atto, o del suo consenso in iscritto, allorchè vorrà;

» 1. Ipotecare, donare o alienare gl' immobili non ac» quistati colla propria industria:

» 2. Prender danari o generi a mutuo, anche sotto l' a» spetto di altro contratto qualunque;

» 3. Riscuotere capitali non acquistati colla propria indu» stria, e farne quietanza ».

I Romani distinguevano due gradi di minore età: chiamavano il primo l' età pupillare, che si estendeva dall' infanzia alla pubertà, e sottometteva i pupilli alla potestà di un tutore; estendevano il secondo dalla pubertà sino alla maggiore età fissata dalla legge Letoria agli anni 25. Ma in questo periodo se riprendevano i minori l' amministrazione de' loro beni, non potevano agire] senza l' autorità di un curatore. All' età di 25 anni terminava la gioventù, e cominciava la virilità sì per l' uno che per l' altro sesso. I Longobardi ridussero la minore età sino agli anni 18; e sebbene ciò non obbligasse quelli che viveano *jure romano*, pure si era per costume introdotto, sino a che Federico II colla cost. *minorum jura tit. de rest. minor.* la stabilì per legge sino all' età di anni 18, *quo completo, ipsos tam in contractibus, quam in judiciis, et in [illegible]nibus perfectae etatis volumus reputari.*

Nella militare occupazione la minore età fu estesa agli anni

21, e le nuovissime Leggi hanno lo stesso periodo adottato; ma conosciuto il bisogno di un freno maggiore per la gioventù, e di un più durevole riguardo per la paterna autorità, si è la qualità di figli di famiglia protratta agli anni 25 per alcuni atti soltanto, come in questo articolo si specifica.

Per conoscere però lo spirito di esso, come degli altri due seguenti, convien riandare alle regole del patrio dritto che si è avuto in mira di richiamar sempre in osservanza ove convenisse.

Per dritto civile i figli di famiglia validamente si obbligavano per mezzo di ogni specie di contratto, ed un' azione nasceva da esso ben efficace per costringerli; l. 39 ff. *de oblig. et act.* Se n' eccettuò pertanto quello solo di *mutuo*, acciò del denaro preso a prestito non abusassero facendone un mezzo a delinquere; l. 1. ff. *de S. C. Maced.* Così fummo regolati sino al 1525; ma visto il danno che da tal facoltà risultava non meno ai padri che ai figli stessi per l'estrema facilità colla quale questi ultimi si sarebbero spogliati de' beni il di cui acquisto fosse loro dall'altrui liberalità pervenuto, pubblicossi ai 30 agosto dell' anno suddetto la pramm. 1. *ad senatusc. maced.*, colla quale si proibì ai figli di famiglia di potersi in qualunque modo obbligare se non in presenza e coll' espresso consenso dei di loro padri, eccetto se fossero *emancipati*, o abitassero e vivessero separati da essi con moglie e famiglia. I notai i mastrodatti che ardissero senza tal rito scrivere le di costoro obbligazioni, oltre le pene ad arbitrio della G. Corte eran privati del loro impiego e multati in cento once d' oro. Furono essi poi da tal pena esentati, qualora i figli di famiglia mentito avessero la lor qualità.

La negligenza con cui si eseguivano tali disposizioni obbligò il re nostro a richiamarle ad una più severa osservanza colla pram. III allo stesso tit., e le estese ai contratti che *habita fide de praetio* initi si fossero coi figlidi famiglia. Se però si era pagato il prezzo, vietò al compratore ancorchè soggetto alla patria potestà, l' azione a ripeterlo.

Pur surse quistione per le lettere di cambio col di cui mezzo i figli di famiglia si fossero obbligati, e la M. S. colla pramm. IV ve le comprese. Niun' altra eccezione ammettendosi, potevano essi obbligarsi per ogni altra causa fuorchè per contratti (*a*).

(*a*) Quindi non si poteva valer del beneficio del Macedoniano quegli cui si fosse gratuitamente improntato denaro per motivo de' studj, o per ispese di ambascerie, purchè non oltrepassasse quella stessa somma che la paterna pietà non gli avrebbe negata; *l.* 7. §. 13 *de s. c. Maced.* molto più per preciso bisogno di alimenti, l. 5. Cod. *eod.* l. 47

Pure alcune specie vi erano non eccettuate nel macedoniano, nelle quali vietava la cennata prammatica qualunque azione contro del figlio di famiglia; come se costui si fosse falsamente asserito padre di famiglia (l. 1. Cod. *ad senatusc. maced.*), dichiarandosi dover il contraente imputare a se stesso di non essersi ben informato delle qualità di colui col quale contrattava. Conformemente però al roman dritto la pram. III sullo stesso titolo vietò che si giovassero dell'eccezione del macedoniano i figli di famiglia i quali esercitassero pubblicamente la mercatura. (L. 1. §. 17 ff. *de exerc. act.*)

Dietro queste vedute, si comprende bene tutto il valore dell'art. 295. Il dritto romano faceva durare la patria potestà quanto la vita del padre; le leggi antiche del regno pel matrimonio la ridussero ad anni 30 pe' maschi e 25 per le femmine; il Codice francese la faceva finire colla maggiore età, fuorchè pel matrimonio, come vedemmo. Una strada di mezzo si è quindi scelta stabilendosi la patria autorità pe' figli sino all' età di anni venticinque compiti. A niun contratto potevan essi obbligarsi senza la presenza o il consenso paterno; anzi si voleva cumulata dagl' interpetri l'una e l'altro per render, come dicevano, *intera la persona del figlio*. Ora basta o il concorso del padre, quando con questa qualità intervenga all'atto, o il di lui consenso in iscritto, o la menzione di non sapere o non potere egli scrivere, fatta innanzi ad un pubblico ufficiale.

I contratti vietati senza questo rito non riguardano ora che gl' immobili (*a*), ed hanno ottenuta una eccezione pei beni provenuti dalla propria industria, pojchè sono acquistati col sudore del figlio. La stessa eccezione per la riscossione de' capitali, ove se ne volesse far quietanza.

Tutte dunque le quistioni che avevan luogo nell' applicazione del macedoniano rivivono nell' epoca tra i 21 ai 25 anni compiti del figlio, e vanno risolute con li stessi principj dall' antica patria giurisprudenza accolti, e dall' applicazione delle

---

§. 1. ff. *de solut.* Poteva esser pur convenuto se per voler del padre qualche somma si fosse a lui accreditata, o in utile del padre stesso impiegata, *l.* 7. §. 11. *et sequ. ff. eod.*; se pubblicamente fosse stato riputato qual padre di famiglia, *l.* 3. *princ. ff. eod.*; se contratto avesse anche un mutuo, ma necessario, come per dar la dote alla sorella, mentre era assente, o relegato il comune genitore, *detta l.* 7. §. 2. *ff. eod.*; finalmente se improntato gli si fosse danaro da un minore, riputandosi più favorevole la condizione di questi che il privilegio del figlio di famiglia, *l.* 11. §. 7. *ff. de. minor,*

(*a*) Per la Pramm. 18 §. 5. *de ord. judic.* del 4 marzo 1738 il figlio di famiglia non poteva comprar a credito qualunque genere di roba mobile, meno che se esercitasse pubblica mercatura; e ciò fu confermato col rescritto de' 14 aprile 1776.

leggi romane consacrati (*a*).

Importante quistione può pure risorgere adesso se il figlio possa ipotecare, alienare, o donare in favore del padre consenziente; la quale riattaccandosi colle altre nuove disposizioni delle Leggi civili, fa d'uopo ricorrere ad altri principj del nostro nuovo dritto. Per l'ipoteca e l'alienazione quando non vi sia nè dolo nè soperchieria, non vi può esser alcun dubbio. Per la donazione però noi abbiamo che il padre possa validamente ed irrevocabilmente donare al figlio anche minore, ed essendovi bisogno di accettazione, la madre accetterà per lui (art. 859). All'opposto il figlio divenuto maggiore può, secondo l'art. 823, donare per atto tra vivi a pro degli ascendenti, da' quali non viene escluso il padre; ma nell'art. 907 del Codice francese da cui il nostro è tratto, vien considerato il figlio maggiore sciolto dalla patria potestà, vale a dire fornito di una volontà libera ed indipendente che non ha più fra noi sino all'età di anni 25. Pure i lodati Autori de' comentarj delle nostre Leggi (pag. 578) sul solo riflesso che l'art. 823 siasi senz'alcuna eccezione adottato, credono che possa egualmente valere la donazione fatta dal figlio minore d'anni 25, e quindi ancor sotto la patria potestà. Noi, rispettando il di loro sentimento, crediamo di esservi bisogno di approfondir la quistione assai più che non ci è permesso di farlo in una semplice osservazione.

Siamo però totalmente del loro avviso intorno agli acquisti fatti dal figlio in casa del padre, abbia o no egli oltrepassati i venticinque anni, o che sia emancipato; siccome pure sulla presunzione che gli acquisti siansi eseguiti col danaro del padre quando quegli non abbia un separato commercio, o una società col padre convenuta, o un esercizio di lucrose occupazioni, o un'amministrazione di beni di sua privata ragione (*b*).

Durano queste proibizioni sinchè dura la patria potestà dalla quale emanano. Quindi cessando la medesima, anche se ciò sia prima dell'età de' 25 anni, cessa ancora l'applicazione di quest'articolo; come cessa del pari se l'eccezione di cui il figlio avrebbe potuto valersi, venga a proporsi dopo dieci

(*a*) Ma non potrebbe sostenersi l'opinione de' nostri Prammatici, circa i contratti celebrati dal figlio di famiglia nell'estero pe' quali non valeva il beneficio del macedoniano quando si fossero osservate le leggi locali; egualmente che l'altra di potere l'estero contraente tra noi valersi di esso. Estendevano que' giureconsulti un pò troppo la regola *locus regit actum*, nè distinguevano le leggi personali dalle reali. L'autorità patria è tra le prime, nè può esser diversamente, e quindi segue dovunque la persona.

(*b*) Loc. cit. pag. 580, e 581.

anni da che è uscito dalla patria potestà, per argomento tratto dall'art. 1253 delle Leggi civili.

§. III.

Conseguenza del precedente articolo è il 296 che lo segue, e che neppur trovavasi nel Codice abolito: « Se il padre » ricusa di autorizzare il figlio maggiore a qualche atto, que- » sti potrà far citare direttamente il padre innanzi al tribu- » nale civile, il quale può accordare o negare la sua autoriz- » zazione, dopo che il padre sarà stato sentito, ovvero legal- » mente chiamato alla camera del consiglio ».

Per quanto la legge confidi nell'amore e nella prudenza di un padre, ella dovea prevedere il caso che se ne incontrassero se non di snaturati, almeno di capricciosi, o non prudenti abbastanza per ponderare il vantaggio che ritrar potrebbe il figlio da una alienazione, da un mutuo, o dal dar quietanza de' capitali che potria riscuotere. In una parola ella ha preveduto i casi non rari ne'nostri tempi dell'abuso della paterna autorità, e li ha sottomessi al giudizio de' tribunali. Sono essi incaricati di pesare i motivi del rifiuto: ma in questa contingenza non debbono avere a guida il principio della sola urgente necessità imposta alle alienazioni che far volesse il padre dei beni del figlio, ma quello dell'utile evidente che da tal atto potrebbe al figlio risultare. Anche per le nozze de' figli ha preveduto il legislatore un capriccioso dissenso, e se per quest' atto ha voluto riserbare a se la facoltà di supplire il paterno consenso, conveniva che per tutti gli altri di minore importanza e più frequenti avesse rimesso al magistrato il potere di accordare o negare siffatta autorizzazione.

§. IV.

L' ultimo novello articolo di questo Titolo è il seguente 297: « Se il creditore dimostri che il mutuo fatto al figlio si » è convertito in utilità del medesimo, avrà dritto a doman- » darne la restituzione, tutto che non vi sia intervenuta l'au- » torizzazione del padre ».

Fu principio universale di legge presso tutti i popoli colti, il non potersi alcuno coll' altrui danno arricchire; ed il roman dritto che aveva proibito il mutuo ai figli di fiamiglia, ne consacrò l' eccezione nel caso che con esso il di lui peculio si fosse aumentato. Lo stesso pupillo era tenuto *in quantum factus erat locupletior*. Sussisterà dunque in tutto o in parte il contratto secondo che tutto o parte del danaro preso a mu-

tuo siasi applicato a vantaggio del figlio ; nel che non possono andar compresi gli acquisti e le spese voluttuose , avuto però sempre riguardo alla qualità ed al carattere delle persone.

§. V.

Dopo di aver parlato degli articoli totalmente nuovi, riuniremo in questo paragrafo tutte le non indifferenti modificazioni che le nostre Leggi han portate al Codice civile francese in questo Titolo.

1. All' obbligo del figlio (art. 371) di onorare e rispettare i genitori qualunque sia la sua età , si è aggiunto nel nostro art. 287 , *ed il posto che occupi nella società. Ancorchè fosse console*, diceva il roman dritto. Qualunque carica non esenta da un dovere che la natura ha scolpito nel cuore di ciascuno , la religione ha consacrato nel decalogo , e la legge civile ha ripetuto in ogni occasione.

2. L' art. 372 del Codice estendeva l' autorità paterna sino alla maggiore età , vale a dire sino agli anni 21. Noi la troviamo nell' art. 288 estesa alla età di 25 anni per tutti i casi , non pel solo matrimonio, come ivi era scritto.

3. Concordemente sì l' una che l' altra legislazione dà l'esercizio di questa autorità al solo padre durante il matrimonio (art. 373 ✝ 289). Ma nella nostra si è aggiunto ch' *essa si estende sui figli legittimi , sui legittimati per susseguente matrimonio , e sugli adottivi* ; vale a dire che non abbraccia solo i legittimi , ed i legittimati , ma benanche i figli dell'adozione.

Costoro non erano eguagliati ai legittimi che nei soli dritti di successione : ora a quelli sono in tutto pareggiati , perchè l' autorità paterna egualmente sugli uni che sugli altri si estende , e siccome dritto ed obbligazione sono termini necessariamente correlativi , l' adottato e l' adottante avranno gli stessi dritti e doveri reciproci al pari della legittima paternità e figliazione , salve le eccezioni appostevi nella legge , e di cui parleremo nel Titolo dell' adozione.

Questa estensione darà luogo a più quistioni. Una di esse è già tra le mani degl' interpetri che ci han preceduto. Sostengono gli autori de' comentarj « che il figlio adottivo diverrà » libero nel caso che il padre adottante muoja prima ch' esso » abbia venticinque anni compiuti , non avendo del pari una » madre adottiva. Questo figlio non può ricadere nella potestà » del padre naturale da cui pel solo fatto dell'adozione venne » prosciolto ; e se sia in età minore degli anni ventuno dovrà » esser provveduto di tutela nei parenti della sua famiglia na-

» turale (tom. 1 p. 538) ». Vi si oppone il signor APRUZZESE nel suo Corso (tom. III. pag. 70) in una lunga nota di più pagine, e dal comparare gli articoli 271, 272 e 275 con quello in quistione crede che non siasi voluto nulla innovare relativamente alla paternità, e che niuna paternità si ebbe in mira di accordare alla persona dell' adottante. Appoggia questo suo argomento sull' autorità de' migliori scrittori francesi, descrive gli assurdi che ne nascerebbero, e conchiude col proporre un mezzo di conciliazione estendendo l' autorità patria dell' adottante alla direzione del minore nel caso che il figlio adottivo passasse ad abitare nella casa dell' adottante.

Ma l' articolo è troppo chiaro per aver bisogno di spiega, siccome è ben chiaro l' articolo 272 che prescrive dover l' adottato rimanere nella sua famiglia naturale e conservarvi tutti i suoi dritti, il che ha rapporto con tutti i suoi doveri. L' adozione non iscioglie dalla patria potestà che la legge ha conservato al padre naturale. Crediamo dunque che l' adottato avendo doppj vantaggi a raccogliere, non è assurdo che sia a doppia autorità soggetto. Riconoscerà egli quella del padre naturale, e quella del padre civile. Del resto siamo anche noi al pari di essi in attenzione di vedere risoluta questa quistione dalla prudenza dei tribunali.

4. Dopo di avere l' una e l' altra legislazione stabilito che il figlio non può abbandonare la casa paterna, il Codice abolito diceva, *senza il consenso del padre*, fuorchè per causa di volontario arruolamento dopo compiti gli anni diciotto (art. 374). L' odierna legge all' articolo 290 soggiunge in quest'altro modo : *finchè sia soggetto all' autorità de' genitori a' termini dell' articolo* 284. Quindi facendo una distinzione riguardo all' altro sesso dice : *la figlia non può abbandonarla se non quando vada a marito.*

Ma talvolta giuste cause possono rendere necessario ovvero utile ai figli l' abbandono della casa paterna, e l' obbligarli a farvi dimora fu stabilito più per loro interesse che per quello del padre. Bene spesso l' onore, la sicurezza o gl' interessi del figlio possono esigere che si allontani, o tenga economia divisa dal padre, e qualche volta può anche avvenire che una atroce durezza de' genitori a ciò lo consigli. La legge ha preveduto questo caso, e quindi pure in detto articolo aggiunge : *nel caso che giuste cause rendessero necessaria ed evidentemente utile la separazione, il giudice del circondario, presi senza forma giudiziaria i rischiarimenti necessarj, potrà ordinare quel che convenga. La sentenza non esprimerà i motivi della determinazione.*

5. Anche nel Codice francese è detto che il padre durante

il matrimonio sia l' amministratore de' beni de' figli minori (art. 389). Ripete lo stesso il nostro articolo 291, ma vi appone che *con tal qualità* egli potrà alienare i beni mobili per impiegarne utilmente il prezzo. Questa peraltro a noi pare più spiega che giunta. L' alienazione de' beni mobili per impiegarne utilmente il prezzo è anche nelle facoltà del tutore.

6. Quel che significa la nostra legge nell' articolo 293 fa parte del citato articolo 389 del Codice francese: se non che fra gli obblighi del padre che amministrò i beni del figlio si spiega nel nostro, ch' ei debba render conto benanche *della tenuta amministrazione.*

7. Anche l' articolo 294 corrisponde al 390 di quel Codice; ma ivi si parla dello scioglimento del matrimonio per la morte naturale o *civile* di uno dei conjugi, e tra noi essendo la morte civile stata abolita, qui si dice solo: *per la morte di alcuno de' genitori*; spiegando inoltre che il conjuge superstite essendo il tutore de' figli, egli *con tal qualità eserciterà quei dritti e sarà sommesso a tutti i doveri che risultano dalla tutela come sarà spiegato nel Titolo X del presente Libro.*

8. Consentono queste legislazioni nell' accordare al padre l' usufrutto de' beni del figlio sino a che costui giunga al diciottesimo anno compito, o sino alla emancipazione che potesse aver luogo prima di questa età. Ma sarà la sola emancipazione quella che fa terminar l' usufrutto? No sicuramente: siccome questo dritto non è che l'effetto della patria autorità, così in tutti i casi in cui questa cessa quello dee benanche cessare. Or l' art. 288 non colla sola emancipazione libera il figlio dall' autorità de' genitori, ma benanche col contratto matrimonio, o col vivere ch' ei faccia in casa e con economia separata. In questi altri casi adunque cessa pure il dritto dell'usufrutto.

Or se in ciò v' è concordanza, non è poi così riguardo al conjuge superstite, al quale senza distinzione l'art. 384 francese accorda lo stesso intero usufrutto, mentre il nostro art. 298 prescrive che « quando il padre sia premorto, la madre avrà la » metà di questo usufrutto sino a che il figlio giunga alla maggio» re età o sia emancipato. » A spiegar questa differenza ricordiamoci che al padre soltanto, non mai alla madre, accordava il roman dritto tale usufrutto, e che quando l' emancipazione esimeva il figlio dalla patria potestà, rimaneva pure al padre la metà di quello (*Inst. per quas pers.* §. 1, 2. *Novell.* 118 *cap.* 2 *e* 3). Se dunque si è dato questa metà alla madre superstite si è avuto riguardo a quella che al padre ancora dell' emancipato si concedeva in segno di ossequio, di gratitudine, e non di dominio o di dritto. Per altro se si è limitata la somma dell' usufrutto, se n' è estesa la durata sino all'età mag-

giore del figlio, forse per impedire alla madre di acconsentire inconsideratamente al matrimonio del suo figlio minore, nel quale caso verrebbe a perdere questo lucro.

9. Conseguenza di tal disposizione è l'altra differenza che osservasi tra l'art. 385 del Codice e il 299 delle Leggi civili. Descritti i pesi (*a*) di questo usufrutto concordemente nell'uno e nell'altro si è dovuto aggiungere tra noi che *i pesi suddetti sono a carico del padre nella totalità, ed a carico della madre per la sola metà.*

10. Nell'art. seguente 386 si faceva cessar l'usufrutto a favor di quello fra i genitori contro di cui fosse stato pronunziato il divorzio. Abolito questo e tra noi ed in Francia, rimane l'altro caso in detto articolo contemplato riguardo alla madre, e che concorda col nostro art. 300: *Questo usufrutto cesserà per la madre la quale passasse a seconde nozze.*

Ecco la sola pena che le romane ed imperiali leggi comminavano alla moglie che passasse a seconde nozze, specialmente non compito l'anno del lutto ch'era di dieci mesi, sino a che piacque a Graziano, Valente e Teodosio di protrarlo a dodici. Per compenso delle cure materne e degl'incomodi nell'amministrazione de' beni del figlio era dalla legge accordata la metà di usufrutto. Ma la madre che abbandona i figli minori per correre nella braccia di un secondo marito dimostra tutt'altro che amor materno e premura per gl'interessi de'medesimi.

11. Il nostro art. 303 ha tolto l'equivoco cui forse dava luogo l'espressione del Codice francese nell'art. 376 sull'età che deve avere il figlio per soffrire l'arresto per semplice autorità paterna: *che non sia giunto ancora al principio del sedicesimo anno* dice la legge francese; che noi abbiam con giro minore e più chiaro senso indicato così: *che non ha compiuto l'anno quindicesimo.*

(*a*) Tra questi pesi quello si descrive dalle *spese funebri e dell'ultima malattia*; ma qui non s'intende del figlio: sarebbe stata superflua l'indicazione: bensì della persona di cui il figlio è divenuto erede. Le spese funebri e di ultima infermità nell'enunciato caso sono ancora un peso dell'usufrutto, (dice Maleville, comentando questo articolo) nella totalità, se il figlio è legatario universale, e nella parte corrispondente al legato, se è legatario particolare; il dippiù delle spese allora rimarrà a carico dell'erede chiamato unitamente al figlio a raccogliere l'eredità del defunto; il che è pure conforme alle romane leggi nelle Pandette al tit. *de religios. et sumptibus funerum.* Il Delvincourt è però di contrario parere, come l'abbiam veduto nella sua nota 15 a questo Titolo.

§. VI.

Oltre le cause annoverate nell' art. 288 per le quali cessa la patria potestà, essa pure o è sospesa o perduta ne'casi d'interdizione civile o penale, di cui parleremo nelle osservazioni all' ultimo Titolo di questo Libro.

Tutte queste sono però cause generali; una ve n' ha per alcuni padri scritta nelle nostre Leggi penali all' art. 332. « I » genitori, (così ivi si legge) il tutore, ed ogni altro individuo incaricato della vigilanza o istruzione de' giovani di » età minore dell' uno e dell' altro sesso, se ne eccitino, ne » favoriscano, o ne facilitino la prostituzione o la corruzione, » saran puniti colla reclusione. — Oltre a questa pena, i geni- » tori saranno privati di ogni dritto che in forza della patria » potestà lor concede la legge sulle persone e su'beni de' figli: » i tutori saranno interdetti dalla tutela: e gli altri incaricati » della vigilanza ed istruzione de' giovani soffriranno l' inter- » dizione a tempo della carica, della professione, o dell' uf- » fizio di cui abbiano abusato.

Intorno a queste penali sanzioni dovrebbero però esaminarsi diverse quistioni le quali emergono dalle parole dell'articolo. Per esempio:

1.° Tra i giovani minori, della vigilanza dei quali sono i genitori incaricati, van compresi naturalmente i figli legittimati. Ma l' articolo ha inteso parlare ancora degli adottivi? E vanno nella stessa categoria i figli naturali o che sieno o no riconosciuti?

2. La legge riconosce due specie di *età minore*; quella che finisce in generale ai 21 anni, e quella de' figli di famiglia che relativamente alla patria potestà termina ai 25. Or di quale delle due ha voluto qui intendere il legislatore?

3.° Egli ha distinto la corruzione dalla prostituzione: ma quali sono i limiti dell' una, quali le caratteristiche dell'altra? E perchè tal differenza se la pena è la stessa?

4.° In che consiste il divario tra le espressioni di *eccitare*, *favorire*, e *facilitare*, di cui fa uso l' articolo?

5.° Sotto nome di genitori van pure compresi gli avi e le ave?

6.° E perchè non viene colla stessa pena castigato il genitore che prostituisce la figlia maggiore? ec. ec.

Agevole ci sarebbe il rispondere a siffatti quisiti, ma siccome qui non ci occupiamo che di un corso di dritto civile, così ci contenteremo di rinviare i leggitori a qualche futuro comentario sulle nostre Leggi penali.

§. VII.

Sono di accordo le due legislazioni sulla facoltà data al padre per domandare la detenzione del figlio, e sul modo come domandarla, o come abbreviarla o farla rinnovare giusta gli art. 377, 378, 379 e 380 corrispondenti ai nostri art. 304, 305, 306 e 307. Pure per quel che riguarda le paterne correzioni alle giovani figlie sarebbe desiderevole che si destinassero due o più conservatorii o ritiri, obbligati a ricevere queste donzelle mandate dai padri e dai consigli di famiglia ne' casi preveduti dalle Leggi civili, onde vi sia un luogo di detenzione per esse atto ad emendarle, e non a corromperle (*a*).

È poi da avvertirsi che se la natura e le leggi civili danno ai padri un' autorità di correzione, proibiscono loro di esercitare atti di violenza e maltrattamenti che ne mettono in pericolo la vita e la salute, pe' quali si renderebbero punibili, come decise la Corte di cassazione francese nel 17 dicembre 1819 (Sirey, 20. 1. 145.

§. VIII.

Poche altre risoluzioni desunte dalla giurisprudenza francese e da quella del nostro Regno, ci rimane di aggiungere alle quistioni discusse e risolute dal nostro Autore sulla patria podestà.

1. La madre ha essenzialmente dritto e qualità per reclamare gli alimenti per suo figlio nato fuori matrimonio, di cui ha la costodia e l' educazione. — Colmar, 24 marzo 1813. — Sirey, 14. 2. 2.

2. In caso di separazione personale è lasciato al potere discrezionale de' giudici decidere a quale de' due conjugi sia più utile affidare i figli: possono essere lasciati alla cura della madre, senza che sia perciò leso il dritto della patria podestà. — Cassaz. Fr. 24 maggio 1821. Sirey, 21. 1. 333.

3. L' usufrutto che hanno il padre e la madre sui beni de' loro figli non è accordato che per mettere i genitori in istato di adempiere meglio le obbligazioni cui sono tenuti di nutrire educare e mantenere i loro figli, e per compensarli delle cure che si prendono a tal effetto. In conseguenza que-

---

(a) In Francia col decreto del 30 settembre 1807 furono a ciò destinate le Dame Caritatevoli dette del Refugio di S. Michele (Sirey, 13. 2. 303).

sto godimento non ha più oggetto dopo che i figli più non esistono : cessa dunque l' usufrutto sudetto colla morte del figlio proprietario.—Torino, 19 gennajo 1817. Sirey, 17. 2. 659.

4. Il figlio oltrepassando gli anni 25 può pretendere gli alimenti dal padre, quando però costi validamente trovarsi nell' effettivo bisogno. — Corte suprema di Napoli, 17 marzo 1825 — *Armellini* Tom. IV. p. 442.

5. Quantunque un contratto stipulato dal padre fosse invalido ed inefficace per eccesso di mandato, pure acquista la sua validità se viene riconosciuto e ratificato dal figlio. Cassaz. Nap. 16 febbrajo 1811 — *Ivi*, *ivi*, p. 448.

TITOLO IX.

DELL' ADOZIONE.

CAPITOLO I.

Dell' adozione e de' suoi effetti.

L' adozione, in generale, è un atto civile che stabilisce fra due individui correlazioni di paternità e figliazione le quali prima naturalmente non erano (1).

---

(1) Io ho redatta questa definizione in conformità dell' opinione in cui sempre sono stato, che non si poteva adottare il proprio figlio naturale. I mici motivi erano e sono tuttora:

1. Che ciò era formalmente proibito nel dritto romano. (L. 7 Cod. *de natural. liberis* e Novel. 89 cap. 7).

2. Che sarebbe un facile mezzo per eludere la disposizione proibitiva contenuta nell' art. 908 † 824 ; ed effettivamente è avvenuto che quasi tutte le adozioni che hanno avuto luogo dopo l' introduzione del sistema che io combatto , sono state delle adozioni di figli naturali.

D' altronde l' art. 908 dice, il figlio naturale non può ricevere cos' alcuna al di là di ciò che gli viene accordato nel Tit. delle successioni , sia per donazione tra vivi , sia per testamento. Or cosa è mai l' adozione relativamente al figlio naturale? Null' altro che una donazione fra vivi della successione ; poichè non si noverano che quattro effetti dell' adozione :

Permesso all' adottato di prendere il nome dell' adottante ;
Obbligo si somministrarsi scambievolmente gli alimenti ;
Proibizione di nozze fra essi e rispetto a talune persone ;
Irrevocabile istituz[illegible]ede in favore dell' adottato.

Or , di questi qua[illegible], i tre primi esistono relativamente al figlio naturale riconosciuto [illegible]er mezzo della sola qualità di figlio naturale , ed indipendentement[illegible]all' adozione : dunque l' adozione , riguardo almeno al figlio natura[illegible]riconosciuto , non è in realtà che un' istituzione di erede per contr[illegible]o. Or dunque, sia che voi considerate questa istituzione con alcuni autori come una donazione fra vivi della successione , [illegible] che la consideriate con altri come un testamento irrevocabile , sotto l' una e l' altra relazione essa vien compresa nel divieto dell' art. 908 : [illegible]nque questo articolo proibisce im[illegible]tamente l' adozione del figlio naturale

Il mio terzo motivo finalmente si è, [illegible] ciò sarebbe lo stesso che andare direttamente contro l' intenzione costantemente manifestata dal legislatore , d' incoraggiare cioè il matrimonio , e di favorirlo con tutt' i mezzi possibili. Infatti si osserva nel discorso dell' Oratore del governo, che uno de' motivi che ha fatto bilanciare nell' ammettere l' adozione si fu il timore che non nuocesse al matrim[illegible].

,, L' adozione , egli disse , buona in se [illegible] mancherebbe al suo

Un atto civile: L'adozione essendo una istituzione

,, scopo se nuocesse al matrimonio. ,, Ed in seguito: ,, se la facoltà di adottare potesse essere un incoraggiamento generale al celibato, biso- ,, gnerebbe senza dubbio strappare questa facoltà ai celibi piuttosto che ,, esporre la società tutta intiera ai mali che risultano dall' abbandono ,, del matrimonio. ,,

Or tutte queste pericolose circostanze debbono precisamente essere il risultamento dell' adozione del figlio naturale; essa contraria anche apertamente il principio il quale ha fatto ammettere la legittimazione per susseguente matrimonio. Questa legittimazione è in fatti un potente incoraggiamento al matrimonio, poichè il più delle volte il matrimonio con la concubina non ha luogo che per legittimare i figli, ed assicurar loro i dritti a poter succedere. Ora, il padre e la madre non avrebbero più bisogno di ricorrere al matrimonio, poichè perverrebbero al fine stesso per mezzo dell' adozione. Essi temeranno anche di contrarre un altro matrimonio, che potrebbe loro dare de' figli legittimi l' esistenza de' quali recherebbe ostacolo all' adozione.

Tali sono le ragioni, le quali riunite ad altre che darò a conoscere successivamente, mi conducono ancora ad opinare, soprattutto ove tace la legge, che il figlio naturale non può essere adottato. È ad osservarsi egualmente in Sirey, 1816, 1. par. p. 45, una decisione della corte di Nimes del 30 decembre 1812, la quale rigettò l' adozione di un figlio naturale; e sul ricorso contro la medesima è da consultarsi l' aringa del procuratore generale presso la Corte di cassazione, che ha ragionato interamente nel senso dell' opinione da me stabilita. Si vegga infine un arresto della Corte di cassazione del 23 decembre 1816, uno de' motivi del quale porta testualmente: ,, Non potersi supporre che il ,, legislatore il quale ha sempre, e sì solennemente consacrata l' assoluta ,, incapacità de' bastardi adulterini ad acquistare i dritti di figliazione ,, e di successibilità, siasi posto in contradizione con se stesso, esten- ,, dendo a' questi bastardi la via indiretta dell' adozione in pregiudizio ,, de' figli nati da un legittimo matrimonio: che tale incapacità annulla ,, l' adozione nella sua essenza, e si oppone in conseguenza a far sì ,, che una simile adozione produca alcun effetto, riguardo ai dritti di ,, figliazione e di successibilità; ecc.

In verità in quest' ultima decisione non si tratta che di figli adulterini, perchè la quistione non si era presentata che a riguardo loro. Ma se si osserva che lo stesso divieto esiste per la successibilità sia riguardo ai figli naturali semplici, sia riguardo ai figli adulterini, salvo il più o il meno della quota disponibile, si rimarrà convinto che i medesimi raziocinj potranno esser applicati con egual successo al semplice figliuolo naturale.

Si è fatta questa obiezione: siccome non può aver luogo il divieto che riguardo al figlio naturale riconosciuto, ne risulterà che non verrà riconosciuto il figlio, ad oggetto di poterlo adottare; onde seguirà che avrà sempre luogo l' adozione, e che la dottrina che vogliamo stabilire avrà solamente per risultamento di nuocere al figlio naturale, il di cui padre, per esempio, verrà a morire prima della sua maggior età e per conseguenza prima di averlo potuto adottare.

Non vi ha più facil cosa che di ritorcere quest' argomento. Di fatti

343 puramente civile, quelli soli possono adottare o essere
266 adottati, ai quali la legge espressamente il permette.

si deve osservare che i partigiani dell' adozione del figlio naturale sono quei medesimi i quali sostengono che le indagini sulla paternità debbono essere generalmente interdette, anche contro del figlio. Or, dopo ciò, non potrebbe lor dirsi: egli era ben inutile di proibire gli utili eccessivi procurati ai figli naturali, perchè questo divieto non potendo applicarsi che ai figli naturali riconosciuti, ne risulterà, che non si riconosceranno, a solo fine di poterli vantaggiare? Vi ha questa differenza ancora, che il solo fatto del non riconoscimento basta nell' opinione di queste persone, per dar il dritto ad eludere tutte le leggi proibitive de' vantaggi, mentre che questo fatto solo non basta per accordare il dritto di adottare, bisognando ancora la riunione di alcune condizioni, e l' osservanza di certe formalità.

Nel nostro sistema al contrario svaniscono tutte queste contradizioni.

Indagini sulla paternità contro del figlio:

Proibizione di adottare il proprio figlio naturale.

Con queste due disposizioni, che possono conciliarsi molto bene con quelle del Codice, nessun mezzo di infrangere le leggi proibitive de' vantaggi a pro de' figli naturali, adulterini, o incestuosi.

Incoraggiamento dato al matrimonio, come il solo mezzo di procurare al figlio naturale il dritto di figlio legittimo.

Nessun interesse per non riconoscere il figlio naturale; interesse al contrario per riconoscerlo, poichè, vi sia o no riconoscimento, il divieto di vantaggiarlo sarà sempre lo stesso, ecc.

Nota. Dopo la 1. edizione di questa opera la Corte di Nancy con sua decisione del 18 agosto 1814 riportata in Sirey, 1815, 2. par. p. 209, annullò l' adozione di un figlio adulterino, ed il ricorso contro questa decisione venne rigettato il 23 decembre 1816. (*ibid.* 1817, 1. par. p. 164). Or le ragioni sono della stessa natura, benchè men valide, riguardo al figlio naturale.

Speriamo del rimanenti che una più sana legislazione ci libererà da siffatte questioni, con sopprimere l' adozione; istituzione affatto nuova nei nostri costumi, e che finora non ha prodotto altri vantaggi che di facilitare i mezzi come arricchire i frutti della licenza e del libertinaggio (*a*).

Un prete potrebb' egli adottare? L' adozione fissando fra l' adottante e l' adottato certi rapporti di paternità e figliazione, sembra poco convenevole ch' essa abbia luogo per parte di una persona riguardo alla quale questi rapporti son riputati non poter esistere. Io penso dunque che il prete il quale a' termini delle leggi civili non può maritarsi, non può neanche adottare.

(*a*) *D' accordo col nostro autore quello del* Dr. civ. fr. *al n.* 888 *ci avverte che dopo il molto variare della giurisprudenza su tal controversia, finalmente l' adozione de' figli dai loro genitori naturali essendo contraria non meno ai principj dell' adozione che alla morale ed alle disposizioni ben comprese del Codice, venne proscritta e rigettata coll' arresto della Corte di cassazione de'* 15 *novembre* 1815 *sulle conclusioni emesse dal* Merlin *in questa occasione. Può leggersi il tutto in* Sirey, *tom.* XVI, 1 *parte, pag.* 45 *e seguenti.*

Quattro condizioni son necessarie a poter adottare. È d' uopo:

1. Aver cinquant'anni almeno (2) di età e quindici più dell' adottato; *ivi*

2. Aver prestato alla persona cui si vuol adottare, durante la sua minore età (3), ed almeno pel corso di sei anni (4), cure e sussidj non interrotti; 345 268 269

---

(2) Compiti. In tal modo io credo che debbano intendersi queste parole: *in età di più di cinquant' anni.*

(3) Si vuole che le cure si siano impiegate in un' epoca in cui l' adottato ne abbia avuto maggior bisogno.

(4) Si vuol esser sicuro che l' adozione non sia l' effetto di un capriccio o di un sentimento di odio contro gli eredi, ma bensì di un affetto particolare verso l' adottato. Si osserva nella Discussione e ne' Motivi che si ebbe l' intenzione di ricompensare per mezzo della facoltà di adottare le benefiche mire di colui il quale volle incaricarsi di un fanciullo nel tempo della di lui minor età. Ed ecco un' altra fortissima obiezione contro il sistema dell' adozione de' figli naturali. Puossi in fatti saper grado ad un padre per le cure che si ha prese per suo figlio? E la legge che crederebbe aver bisogno di ricompensare l' adempimento di uno de' doveri i più sacri della natura, sarebbe una legge morale?

Del resto, basta che le cure siano state gratuitamente e senz' alcuna obbligazione prestate; nè è necessario che abbiano avuto in mira l' adozione: e ciò che il prova si è, che basta solo che l' adottante non abbia figli all' epoca dell' adozione, quand' anche ve ne fossero stati all' epoca in cui egli prodigava le sue cure all' adottato.

Come dev' esser provata la prestazione delle cure? La legge nulla ha determinato a questo riguardo: i giudici facendo da giurati, pronuncieranno secondo la propria convinzione. Ma io penso che la mancanza delle cure potrebbe, se fosse provata, divenire in mano degli eredi naturali dell' adottante, un mezzo da far annullare l' adozione. Sarebbe lo stesso tanto più, se l' adozione fosse fondata sul fatto che l' adottato abbia salvata la vita all' adottante, e che la falsità di questo fatto fosse provata. Si direbbe invano che vi ha qui cosa giudicata, e che *res judicata pro veritate habetur*. Gli eredi risponderanno vittoriosamente, che la cosa non sia stata giudicata con essi. (Vedete qui appresso la nota 32 pag. 327). La sola differenza che vi sarebbe, si è che prima del giudizio, si apparteneva alle parti, cioè all' adottante ed all' adottato a pruovare i fatti che debbono in virtù della legge servir di base all' adozione, in luogo che dopo del giudizio, risulta dalla decisione de' tribunali che hanno ammessa l' adozione, una presunzione la quale rigetta il peso dalla pruova sopra coloro i quali vogliono impugnarla.

Sei anni di tutela potrebbero calcolarsi per l' adozione? Io penso che bisogna distinguere se il tutore poteva scusarsi dalla tutela, o no. Nel primo caso, gli anni della tutela possono giovare; non già nel secondo. La ragione della differenza si è che nel primo caso la tutela è un beneficio dell' adottante, ch' ei poteva rendere o ricusare; nel secondo è un peso che gli era conferito, e ch' ei doveva accettare. Non si può dunque ri-

343 3. Non aver nell' epoca dell' adozione nè figli nè di-
266 scendenti legittimi (5);

344 4. Finalmente ottener il consenso del conjuge se
267 l' adottante è maritato (6); però non è tal consenso ne-

---

compensarlo di aver fatto ciò che la legge l' obbligava di fare. Ma se il tutore, benchè nella classe di coloro che la legge poteva costringere ad accettare, ha fatto in favor del pupillo più di quello cui l' obbligavano i doveri della tutela, come s' egli l' avesse nudrito, educato, o mantenuto a proprie spese, io penso che con ciò egli abbia adempito alla condizione della legge. In una parola il principio costante sù questa materia si è che bisogna, e che basta aver egli impiegate le sue cure *nullo jure cogente*.

(5) *Quid* se se ne avessero di adottivi? Ciò non impedirebbe l'adozione. L' articolo 348 † 272 suppone che la stessa persona può avere più figli adottivi (*a*).

È egli necessario che i figli siano nati per impedire l' adozione? No: basta che siano concepiti. La proibizione è stabilita per l' interesse de' figli stessi; *et infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. L' adozione intanto che avrebbe avuto luogo durante la gravidanza non sarebbe nulla *de plano*; ma solamente sarebbe *in suspenso*: e quindi valida ove il figlio nascesse morto, o non vitale; e nulla nel caso contrario. Sarebbe lo stesso se l'adottante avesse un figlio presunto o dichiarato assente. L' adozione potrebbe aver luogo salvo ad essere annullata se il figlio ritornasse, o si avessero notizie di sua esistenza posteriori alla adozione.

Ma in qual epoca la nascita del figlio dovrà aver luogo perchè si presuma di essere stato concepito nell' istante dell' adozione? Io penso ch' egli debba nascere al più tardi il 299.° giorno dopo quello dell'adozione? (vedi la nota 229 pag. 116 di questo tomo). Questo è il termine più lungo della gravidanza; e siccome il Codice prende talora il termine più breve, e talora il più lungo, secondo l' interesse del figlio legittimo, conviene qui di prendere il più lungo, poichè il figlio legittimo ha interesse che sia l' adozione annullata.

La legittimazione fatta con un matrimonio posteriore all' adozione, di un figlio nato prima, potrebbe recar pregiudizio all' adozione? Io non lo penso. Il figlio legittimato ha gli stessi dritti che se fosse nato dal matrimonio che lo ha legittimato (art. 333 † 235). Or il matrimonio essendo nell' ipotesi posteriore all' adozione, i figli che ne fossero provenuti non potrebbero annullare l' adozione. Dunque ecc.

(6) Questo consenso pregiudicherà forse ai dritti che il conjuge potrebbe esercitare sulla successione dell' adottante, per modo di esempio, ad effetto di una istituzione di erede per contratto che fosse stata fatta in suo favore dall' adottante? Io non lo credo. Sarebbe ciò una donazione: *et nemo facile donare praesumitur*. D' altronde sarebbe dalla parte del conjuge una rinunzia ad una successione futura. Or queste specie di rinunzie sono vietate espressamente dal Codice (art. 1130

(*a*) *Così in fatti fu risoluto dalla Corte di Bourges il 21 fiorile an. XI*, Sirey, 4. 2. 65.

cessario allorchè l'adozione si fa per testamento a norma dell'art. 366 † (T).

Le due prime condizioni non son richieste nel caso in cui l'adottato avesse salvata la vita all'adottante, o in battaglia, o cavandolo dalle fiamme o dalle acque (7). 345
Basta allora che l'adottante sia di età maggiore e più 268
maturo dell'adottato (8). 269

Le condizioni richieste a poter essere adottato sono nel numero di tre (9):

1. La maggiore età;
2. Il consenso del padre e della madre (10) dell'a-

---

† 1084). Ma, si dirà, l'effetto principale dell'adozione si è di dare all'adottato il dritto di succedere all'adottante. Questo dritto è nullo assolutamente se vi sia una istituzione universale per contratto di matrimonio a profitto dal conjuge dell'adottante. Or non si può supporre che le parti abbiano voluto fare un atto nullo. Io rispondo in primo luogo che queste ragioni non sono sufficienti a distruggere quelle che abbiamo assegnate in favore dell'opinione contraria. D'altronde egli è possibile che anche nel caso proposto, l'adozione abbia effetto; se, per esempio, il conjuge donatario premuore senza figli, l'istituzione per contratto svanisce, e 'l dritto dell'adottato risorge interamente.

(7) Perchè il Codice ha aggiunto questi esempj, e non si è contentato di dire, *avesse salvata la vita all' adottante?* Ciò fu affine di far conoscere che l'adottato ha dovuto egli stesso correre qualche pericolo per salvar l'adottante. Non sarebbe lo stesso però se l'adottato fosse un medico che avesse salvato l'adottante da una pericolosa malattia, a meno che il male non fosse di natura a porre in pericolo anche la vita del medico: forse in quest'ultimo caso si potrebbe per analogia autorizzare l'adozione.

(8) Ma fa sempre d'uopo che l'adottante abbia il consenso del suo conjuge, e che non abbia al momento dell'adozione alcun legittimo discendente.

(9) Osservate che queste condizioni vengono richieste in tutt'i casi, cioè anche qualora l'adottato abbia salvato la vita all'adottante.

(10) Se la madre ricusasse di acconsentire, il consenso del padre sarebb'egli sufficiente, come pel matrimonio? Io non lo penso; l'articolo sembra esigere il consenso di ambidue; e d'altronde l'adozione non è così favorita come il matrimonio; e ciò che lo pruova si è che per dispensare una donzella o un giovine dal produrre il consenso del padre e della madre si esige l'età di venticinque anni, mentre che pel matrimonio di una donzella basta l'età di ventun anni (*a*).

Qualora l'adottato è maritato, è necessario il consenso del suo conjuge? Opino che sì, e ciò quand'anche l'adottato fosse il marito. Poichè esigendo la legge il consenso della moglie qualora è il marito che adotta, per maggior ragione dev'essa esigerlo, quando vien adottato. D'altronde la moglie dovendo portare il cognome di suo marito,

(*a*) *V. la nostra notula al* §. II. *n.*° 3 *delle osservazioni nella seg. pag.* 333 *e* 334.

dottato, o del superstite fra essi (11); ove egli avesse
346 anni venticinque compiti (12), basterà che richieda il
270 loro consiglio (13);

3. Finalmente occorre che egli non sia stato già da altri adottato, meno che dal conjuge dell'adottante.

Correlazioni di paternità e figliazione: Cioè alcuna di quelle che hanno luogo tra il padre ed i suoi figli legittimi.

347 1. Quindi l'adottato ha il dritto di aggiungere al
271 proprio cognome quello dell'adottante (14);

2. Egli ha sulla successione (15) dell' adottante gli

---

e l' adottato dovendo riunire al suo quello dell' adottante, sembra convenevole ch' egli non possa costringere sua moglie a prendere un cognome diverso da quello ch' essa fin a quel momento ha portato.

(11) Risulta dall' articolo, che se l' adottato è privo di padre e madre, non ha bisogno del consenso di alcuno, quand' anche avesse altri ascendenti. In questo caso la semplice età maggiore di ventun anni basta per poter acconsentire da se solo all' adozione.

(12) Di qualunque sesso sia l'adottato: qui non è stata ammessa la medesima distinzione che pel matrimonio.

(13) Qual debb'essere la forma e 'l numero di questi atti rispettosi? Io credo che la forma debba essere la stessa che per quelli del matrimonio. In quanto al numero, la legge non avendolo indicato, io penso che debba esser sufficiente un solo, e che un mese dopo possa aver luogo l' adozione.

(14) Maschio o femmina indistintamente. La legge non distingue. Del resto, questa disposizione pruova ancora, che non si è inteso di consacrare il principio dell' adozione del figlio naturale riconosciuto; poichè già egli porta il cognome di suo padre.

Ma se è una donna che adotta, e che sia maritata o vedova, l' adottato dovrà prendere il cognome ch' ella avea mentr' era zitella, o quello che portava essendo moglie? Io penso che sia quello di zitella; essendo questo veramente il nome della sua famiglia, e quello sotto del quale ella comparisce negli atti. L' altro è il cognome del suo marito, ch' ella riunisce solamente al suo.

(15) Dunque egli non ha de' dritti che sulla successione. Da ciò si può conchiudere che vi sia un dritto di legittima o di riserva su i beni donati per testamento, ma non su quelli donati fra vivi, che non fanno parte della successione dell' adottante: e vi ha forse una ragione, cioè che l' adozione essendo irrevocabile, si è voluto con ciò procurare all' adottante il mezzo di punire l' adottato che mal si comportasse a suo riguardo. D' altronde notiamo che il donatario fra vivi è proprietario degli oggetti donati dal momento della donazione (art. 938 † 862); e che lo spirito generale del Codice è di lasciar la minor incertezza possibile nelle proprietà. Si è intanto pensato che il sacro dritto di legittima in favore de' figli e discendenti del donante doveva esser preferito al dritto del donatario, ed anche di coloro ai

stessi dritti che vi avrebbe se fosse nato da lui per ma-

---

quali egli avesse potuto trasmettere i beni donati. Ma ciò precisamente avviene perchè questo colpo portato alla proprietà in favore della riserva è un'eccezione al dritto comune ed al sistema generale del Codice, di cui non si debbono estendere le disposizioni, particolarmente qualora il caso non è così favorevole. Il dritto degli ascendenti e de' discendenti deriva dalla natura stessa: quello dell' adottato non risulta che dalla legge civile, nè si appoggia che ad una finzione. E ciò che pruova il legislatore stesso non aver inteso accordare all' adottato lo stesso dritto che al figlio legittimo, relativamente alle donazioni tra vivi, si è che l'adozione non rivoca affatto queste donazioni, come il farebbe la sopravvegnenza di un figlio legittimo. L'adozione essendo un atto che interamente dipende dalla volontà dell' adottante, non si è voluto porre in sua balia un mezzo di rivocar le donazioni ch' egli avesse potuto fare. Sarebbe stato lo stesso che contradire apertamente al sistema della legislazione, relativamente all' irrevocabilità delle donazioni tra vivi. Per tutte queste ragioni io penso dunque che l'adottato non può far ridurre queste donazioni. In quanto poi alle donazioni testamentarie, non si veggono gli stessi inconvenienti: i legatarj non sono stati giammai in possesso; essi non hanno potuto trasmettere ad altri; essi non hanno dovuto calcolare su i loro legati, nè accomodare in conseguenza di questi i loro affari. D'altronde il testo è formale: *L'adottato ha tutt' i dritti di un figlio legittimo.* Or uno di questi dritti è quello di prendere la sua riserva su i beni donati. In verità, egli non ha questi dritti che sulla successione, ma come gli oggetti legati fanno parte della successione, sembra difficile di ricusargli il dritto di far ridurre i legati, per lo compimento della sua riserva (*a*).

Quid riguardo alle istituzioni per contratto che l' adottante avesse potuto fare anteriormente all' adozione? Tali specie d' istituzioni sono irrevocabili, dice l' art. 1083 † 1039, nel senso che l' istitutore non possa più disporre a titolo gratuito de' beni che le compongono. Or egli è certo che nel nostro dritto, l' adozione ha per principale effetto di assicurare all' adottato l' eredità dell' adottante, e che per conseguenza

(*a*) *Il sig.* TOULLIER *ne' num.* 1010, *e* 1011 *convenendo col nostro autore, aggiunge ancora i seguenti casi: Che spetta all' adottante il dritto della riserva o legittima sulle donazioni che si fossero fatte nel tempo intermedio scorso tra il contratto dell' adozione adempiuto innanzi al giudice, e l' inscrizione di essa sul registro dello stato civile, poichè l' adottato aveva già acquistato un dritto con quel contratto, (non ostante l' opinione contraria del sig.* GRENIER *nel suo* Trattato delle adozioni, *num.* 26 *e* 40); 2, *Che se le donazioni venissero a rivocarsi per la sopravvegnenza di figli legittimi e naturali, l' adottato dividerebbe con costoro i beni rientrati nella successione dell' adottante, sulla quale egli al par di essi ha gli stessi dritti*; 3. *Che l' adozione non priva i genitori del di loro dritto di riserva nella successione dell' adottante, giusta la disposizione del Codice prussiano, oltremodo saggia e concordante collo spirito del Codice civile, checchè ne dica in contrario lo stesso* GRENIER, *al num.* 42.

trimonio (16), anche quando vi fossero altri figli legit-

---

sotto questo rapporto, essa altro non è che una disposizione a titolo gratuito dei beni componenti la successione: dunque essa non può pregiudicare all' istituzione fatta con anteriore contratto, riguardo alla quale l' adozione dev' essere riguardata come non avvenuta.

(16) Per conseguenza escluderà egli tutt' i collaterali, ed anche gli ascendenti. Il Codice prussiano par. 2. tit. 2. art. 673 conserva a costoro la legittima, qualora non abbiano acconsentito all' adozione. Distinzione tale non potrebb' essere ammessa nel nostro dritto, il quale concede all' adottato i dritti di figlio legittimo. Or il figlio legittimo esclude interamente gli ascendenti. Bisogna però convenire che la disposizione del Codice prussiano sia più conseguente; poichè non si vede come colui che con nessuna donazione può pregiudicare alla legittima degli ascendenti, possa intieramente annientarla con un' adozione, la quale, diciamolo pure un' altra volta, non è altro che una donazione della successione.

Se l' adottato fosse morto prima dell' adottante, i suoi figli potrebbero rappresentarlo nella successione di quest' ultimo?

Volendo rispondere affermativamente si può dire che il figlio adottivo ha i dritti di un figlio legittimo, e nel numero di questi dritti vi è quello di trasmettere a' proprj figli la facoltà di rappresentarlo nelle successioni aperte dopo la sua morte. Ma potrebbe osservarsi che l' adottato non ha dritto che sulla successione; che il suo dritto non nasce conseguentemente che all' istante dell' apertura della successione istessa; ora nel nostro caso noi lo supponiamo morto prima di quest' apertura; egli dunque non ha avuto giammai alcun dritto, e non ha potuto trasmetterne (*a*).

D' altronde, nel nostro dritto, ed a considerare la cosa sotto il suo vero punto di vista, l' adozione altro non è realmente che un' istituzione irrevocabile di erede, una donazione della eredità. Or' egli è un principio che tutte le donazioni di questo genere sono caduche per l' anticipata morte del donatario. Non vi ha che una sola eccezione in favore delle istituzioni fatte con contratto di matrimonio; ma, ripetiamolo pure, egli è impossibile di trarre argomento per analogia dal matrimonio all' adozione.

(*a*) *Quì però non consente il Decano della facoltà di Rennes, e forse con ragione. Così egli scrive al num.* 1014: " *Se l' adottato* ,, *morisse prima dell' adottante, ma lasciando discendenti legittimi,* ,, *costoro raccoglierebbero per rappresentazione i dritti che egli* ,, *avrebbe avuto nella successione dell' adottante. Il che sembra ri-* ,, *sultare dall' art.* 351 † 275 *che non accorda all' adottante il dritto* ,, *di riversione se non nel caso in cui l' adottato muore senza legit-* ,, *timi discendenti* ,,. *Egli cita a questo proposito la l.* 27 *ff.* de adopt.; *ma dice che non si può argomentar da essa, perchè i principj dell' adozione romana sono totalmente diversi dai nostri; cita pure* Proudhon, *tom. II, pag.* 139, *il quale pensa egualmente che i figli dell' adottato hanno il dritto di rappresentare; cita finalmente il* Grenier *che sposa una opinione contraria nel num.* 87 *pag.* 546; *ma non fa parola alcuna del nostro autore, nè risponde ai di lui argomenti.*

timi nati dopo l' adozione (17). Ma questo dritto è limitato alla successione dell' adottante, e non si estende in verun modo a quella dei parenti di lui (18); 350 274

3. L'adottante e l'adottato sono entrambi sottoposti all' obbligazione di somministrarsi l'un l' altro gli alimenti in caso di bisogno; 349 273

4. Finalmente l' adozione produce tra l' adottato, l' adottante ed alcuni dei loro parenti ed affini l' impedimento di cui abbiam parlato al Titolo *del matrimonio.* 348 272

Ma siccome tutte queste relazioni non son che l'effetto di una finzione della legge, e poichè la finzione non può prevalere sulla verità, ne segue che l'adozione non può recar pregiudizio ai legami naturali che esistono tra l'adottato e la sua

---

(17) Quest' ultima frase è stata aggiunta, perchè l' adozione essendo, come dicemmo, una vera donazione, si avrebbe potuto credere ch' essa doveva esser rivocata colla sopravvegnenza de' figli; ciò che non è.

L' adottante venendo a maritarsi dopo l' adozione, si dimanda se l' adottato potrebbe prevalersi del beneficio dell' art. 1098 † 1052, e far ridurre i vantaggi fatti dall' adottante al suo conjuge ad una quota di figlio che prende il meno, e al più al quarto.

Egli mi sembra che la soluzione di tal questione dipenda dal sistema che sarà abbracciato relativamente all' azione per riduzione. Infatti se si decidesse conforme all' opinione che abbiamo emessa, cioè che l' adottato non abbia alcun dritto su i beni donati fra vivi, ma ch' egli possa esercitare il dritto di riserva sopra i beni donati per causa di morte, io penso che andrebbe applicata la distinzione stessa alle donazioni fatte al conjuge dopo l' adozione, salvo che si dovrebbero riguardar come donazioni testamentarie quelle de' beni futuri fatte per contratto di matrimonio (a).

(18) Ed è ciò che costituisce ancora una differenza essenziale fra l' adottato, e 'l figlio legittimo o legittimato.

(a) *Venne ultimamente proposta alla Corte di Monpellieri nella causa della vedova del celebre Carion-Nizas la quistione se il figlio adottivo avesse come il figlio naturale il dritto di reclamare una riserva legale, col mezzo delle riduzioni sulle donazioni tra vivi, anche su quelle fatte antecedentemente all' adozione, ma* Sirey *ci assicura che non fu risoluta, tom.* 23, *parte* 2. *pag.* 295. *Bensì in detta causa si decise* 1. *che il figlio adottato unitamente da due conjugi può, come il figlio nato nel matrimonio, far ridurre alla quota stabilita dall' art.* 1094 *del Cod. civ. la disposizione del contratto di matrimonio colla quale il suo padre adottivo donò alla sua madre adottiva l' universalità de' beni che lascierebbe alla sua morte.*

2. *Che la madre donataria non può opporsi alla riduzione dell' instituzione contrattuale pel solo motivo di essere anteriore alla adozione. Monpellieri,* 8 *giugno* 1823. Sirey. 23 2 295.

345 propria famiglia: ei conserva perciò in essa tutti i suoi
268 dritti; e va soggetto alle stesse obbligazioni come se non fosse stato adottato (19), massime a quella della prestazione degli alimenti verso i di lui ascendenti naturali (20), che rimangono egualmente verso del medesimo tenuti al-
349 l'obbligo stesso, ove la circostanza il richiegga La sua suc-
273 cessione è devoluta ai proprj parenti nell'ordine stabilito dalla legge, salvà peraltro l'eccezione seguente:

Se l'adottato muore senza discendenti legittimi; e che fra i beni che lascia in tempo dalla sua morte se ne trovino alcuni in natura (21) che gli sieno stati dati dall' adot-

---

(19) Il Codice in vero non ricorda espressamente nell' art. 349 † 273 che l' obbligazione relativa agli alimenti: noi andremo da qui a poco ad osservarne la ragione. Ma il dire che l' adottato rimane nella sua famiglia, che vi conserva tutt' i suoi dritti, è lo stesso che dire ch' egli non è affatto disciolto da alcun legame naturale, nè per conseguenza da veruna delle obbligazioni che ne risultano. Per maritarsi dunque egli sarà costretto ad ottenere il consenso, o richiedere il consiglio de' suoi ascendenti naturali ecc.

Ma è egli tenuto verso l' adottante ad altre obbligazioni che a quelle di somministrargli gli alimenti? Il Codice tace assolutamente su questo punto: sarebbe sembrato intanto naturale ch' egli venisse sottoposto a que' doveri di rispetto, che anche la sola riconoscenza sembra esigere; come l' obbligazione di richiedere il suo consiglio pel matrimonio, ed altri simili. Ma poichè non esiste alcuna disposizione della legge a quest' oggetto, siccome già l' osservammo, per parte dell' adottato non può esservi veruna obbligazione civile (*a*).

(20) Benchè l' art. 349 † 273 sembri non ricordare riguardo alla somministrazione degli alimenti che l' obbligazione esistente fra l' adottato ed i suoi genitori, non bisogna conchiuderne, che l' obbligazione stessa abbia cessato di esistere fra l' adottato e gli altri suoi ascendenti. L' art. 349 è stato in tal modo redatto, perchè il legislatore avendo voluto stabilire un termine di comparazione per la somministrazione degli alimenti fra la famiglia naturale e l' adottiva dell' adottato, non ha potuto estendere questo paragone agli altri ascendenti naturali, poichè l' adottato non acquista alcuna relazione neanche civile con gli ascendenti dell' adottante, e per conseguenza non sarebbe tenuto in alcun caso a somministrar loro gli alimenti.

(21) *Quid* se i beni siano stati alienati, ma che il prezzo sia ancor dovuto? Io penso che un tal prezzo appartenga all' adottante, e che dev' esser lo stesso nei casi ne' quali esistesse nella successione dell' adottato un' azione per la rivindica di questi stessi beni. (Argom. tratto dall' art. 747 † 670.)

(*a*) *Abbiam fatto rilevare nelle osservazioni sul Titolo* della patria potestà *come le nostre leggi hanno appianato questo vuoto, e corrisposto ai desiderj dello scrittore francese forse anche al di là di quel ch' ei bramava, poichè estesero pure l'autorità paterna ai figli adottivi.*

tante, questi, se gli è superstite, ha il dritto di riprenderseli, coll' obbligo di contribuire al pagamento de' debiti (22), e senza pregiudizio dei dritti su i beni medesimi acquistati dai terzi (23).

Lo stesso dritto nella successione dell' adottato con gli obblighi stessi appartiene ai discendenti dell'adottante nel caso che sia questi premorto, non solo sulle cose date da lui, ma ancora su quelle provvenute dalla di lui eredità le quali esistessero ancora in natura. 351 *275*

Quid, se l' adottato abbia disposto? Ove ciò sia con donazione tra vivi, non vi ha dubbio che l' adottante non sia escluso, poichè gli oggetti non si ritrovano più in ispecie nella successione dell' adottato. La ragione stessa non esiste allor quando l' adottato ha disposto con testamento. Ma fa d' uopo osservare che qui non è un *dritto di riversione* (*a*), ma una vera successione; e ciò che lo pruova si è che l' adottante è tenuto de' debiti per contributo. D' altronde questa è una successione legittima, poichè deriva dalla disposizione della legge. Or egli è un principio che in materia di successione, fuori del caso della riserva, la disposizione dell' uomo distrugge la disposizione della legge. Se l' adottato dunque ha disposto, anche con testamento, delle cose donate, l' adottante viene escluso. È da osservarsi inoltre ciò che diremo sull' art. 747 † 670 le di cui disposizioni hanno una perfetta analogia con quelle dell' art. 351 † 275.

(22) Nella proporzione de' beni ch' egli prende sulla massa della successione. Se la successione totale è di centomila franchi, se i beni ripresi dall' adottante valgono quarantamila, e vi siano trentamila franchi di debiti, si dirà: i beni ripresi equivalgono ai due quinti della massa; l' adottante è dunque tenuto ai due quinti de' debiti, ovvero a dodici mila franchi.

(23) Dritti di usufrutto, d' uso, di servitù, d' ipoteca; con questa differenza pertanto, che i dritti di usufrutto, di uso, o di servitù, essendo smembramenti della proprietà, debbono essere sopportati dall' adottante solo, senza regresso contro degli altri eredi dell' adottato: la roba è riputata ritrovarsi in ispecie, meno l' usufrutto, l' uso, ec. L' ipoteca al contrario non è uno smembramento della proprietà; essa non diminuisce affatto il valore del fondo ipotecato, nella mano del proprietario; essa ha per unico oggetto di assicurare il pagamento di un credito. In conseguenza, la ripresa che fa l' adottante dell' oggetto ipotecato non può in vero pregiudicare all' ipoteca, nel senso che il creditore potrà sempre esercitarla sopra di quest' oggetto; ma se l' adottante è obbligato per conseguenza dell' azione ipotecaria di pagare l' intiero debito, egli avrà regresso contro gli altri eredi dell' adottato per la porzione che debbono essi sopportare in questo debito istesso.

(*a*) *È questo una specie di dritto per cui gl' immobili dati dagli ascendenti ai loro discendenti ritornano ai donatori, allorchè i figli donatarii muojono senza prole. Esso non è più di dritto comune in Francia, e non ha luogo se non è stipulato, e relativo alle regole prescritte dalle leggi.*

Vi è però tra l'adottante ed i suoi discendenti questa differenza: il primo ha sempre il diritto di riprendersi le cose date, sia che si trovino nell'eredità dell'adottato, o in quella dei suoi discendenti morti anch'essi senza prole (24); laddove i discendenti dell' adottante non possono esercitare lo stesso dritto se non quando l' adottato è morto senza lasciare legittimi discendenti: giacchè ove i beni provvenienti dall' adottante sono stati raccolti nella successione dell' adottato dai discendenti di questi, il dritto mentovato, anche nel caso di morte dei medesimi discendenti senza prole, è inerente alla persona dell'adottante s' egli loro sopravvive, e non passa ad alcun altro s' egli è premorto.

352
276

CAPITOLO II.

DELLE FORME DELL' ADOZIONE.

Per determinare in modo preciso le forme dell'adozione, sarebbe necessario distinguerne sul bel principio due specie: quella per atto tra vivi, e quella detta testamentaria. Ma quest' ultima non potendo aver luogo che per parte del tutore officioso in favore del suo pupillo, ci riserbiamo di parlarne allorchè faremo conoscere le regole e gli effetti della tutela officiosa; qui ci limiteremo a ciò che concerne l' adozione tra vivi.

Le forme ne sono determinate come segue:

La persona che vuole adottare unita a colui o colei che vuol essere adottato (25), si presenta al giudice di

---

(24) Ma io opino che ove l' adottato abbia lasciato più figli, l' adottante non succederà che all' ultimo che muore, e solo per quelle cose ritrovate in ispecie nella sua successione: poichè ben' evidentemente risulta dall' art. 351 † 276 che anche per le cose donate dall' adottante, la legge ha voluto preferirgli i discendenti dell' adottato; per conseguenza finchè esiste uno di questi discendenti, egli debb'esser preferito all' adottante. (Da osservarsi qui appresso le note sull' art. 747 † 670.

(25) Sono essi tenuti a presentarsi di persona? Io non sono di quest' avviso. In generale ognuno si può far rappresentare in tutti gli atti pei quali la legge non ha espressamente richiesta la presenza effettiva delle parti.

Uno straniero può egli adottare? Io non lo credo, ammeno che

pice del suo domicilio per passare all' atto del loro rispettivo consenso (26). 353 277

Una copia di quest' atto è trasmessa entro i dieci

---

non goda de' dritti civili. L' adozione è un' istituzione di puro dritto civile, e che non ha verun rapporto col dritto delle genti. Per la stessa ragione, io penso che uno straniero non possa esser adottato anche da un francese. Così giudicato dalla Corte di cassazione il 5 agosto 1823 (bol. n. 90): e per verità prima della promulgazione della legge che abolì il dritto di albinaggio, ne sarebbe risultato che un semplice particolare avrebbe potuto dare ad uno straniero il dritto di succedere, cosa che non può ammettersi (*a*).

(26) Egli sembra che quest' atto sia quello che forma il contratto fra le parti, talmente che non sarebbe più in potere di una il rivocarlo senza il consenso dell' altra. (Argom. tratto dall' art. 360 † 284 e da ciò che in tutte le seguenti formalità non si esige più che l' intervento di una parte sola).

Di qui io egualmente conchiudo contro il sig. Proudhon, che al momento del contratto debbano esistere tutte le qualità che costituiscono la capacità rispettiva dell' adottante e dell' adottato, e che le incapacità che potrebbero indi sopraggiungere, sia prima dell'ammissione dell' adozione per via dei tribunali, sia innanzi l' iscrizione su i registri dello Stato civile, impedir non potrebbero l' adozione: come se, per esempio, l' adottante venisse a maritarsi nell' intervallo; se sua moglie divenisse incinta; ec. In una parola, io riguardo l' adozione come interamente effettuata dal momento del contratto, ma per altro sotto a due condizioni sospensive: se essa è ammessa dai tribunali, e se sia trascritta su i registri dello stato civile nel termine stabilito. Ma egli è un principio che, riguardo alle obbligazioni contratte sotto una condizione risolutiva, basta, generalmente parlando, che la capacità delle parti esista al momento del contratto; non essendo necessario ch' essa sussista sino all' adempimento della condizione. Potrebbe infatti pretendersi che un obbligo contratto sotto condizione risolutiva, da due individui in istato della più sana ragione, possa essere annullato con la demenza di una delle parti, sopraggiunta prima dell' adempimento della condizione?

Questa opinione sembra inoltre stabilita, come dissi, dall' art. 360 † 284, il quale formalmente decide che la morte dell' adottante sopraggiunta dopo del contratto non annulla l' adozione. Qual più grande incapacità di quella che risulta dalla morte? L' incapacità dunque dopo il contratto sopraggiunta, non annulla punto l' adozione.

(*a*) *Piacque alla corte di Colmar con decis. del* 28 *luglio* 1821 *giudicare che lo straniero poteva essere adottato da un Francese, soprattutto quando lo straniero appartenesse ad una nazione le di cui leggi permettessero l' adozione di un Francese, ma venne cassata coll' arresto del* 9 *agosto* 1823, *disponendosi che uno straniero non può esser adottato da un Francese, quando i trattati fatti colla sua nazione non gli attribuiscono* espressamente *questo dritto. — Nè basterebbe che lo straniero fosse abile a succedere in Francia.* (Sirey, 21, 2. 288, e 23. 1. 322).

354 giorni susseguenti (27), dalla parte più diligente al regio
278 procuratore presso il tribunale del domicilio dell' adottante per la corrispondente omologazione.

Il tribunale radunato nella camera del consiglio, e prese le opportune informazioni, verifica: 1.° se tutte
355 le condizioni dalla legge prescritte siansi adempite; e 2.°
279 se l' adottante goda buona riputazione.

Fatta questa verifica, inteso il procuratore del re, ed omessa ogni altra formalità di processo, il tribunale
356 pronunzia (28) senza esprimere i motivi (29): *si fa luogo*
280 ovvero *non si fa luogo all' adozione.*

La sentenza (30) è sottoposta entro il mese successivo (31), e ad istanza della parte più diligente alla Corte reale che procede nelle stesse forme, e pronuncia egualmente senza allegarne i motivi: *la sentenza è*
357 *confermata*, ovvero *la sentenza è riformata; e quindi si*
281 *fa luogo*, o *non si fa luogo all' adozione.*

358 Se la Corte reale ammette l' adozione, la sua deci-
282 sione va profferita all' udienza (32) ed affissa in quei luo-

---

(27) Sarebbe mai nullo l' atto se non venisse presentato che dopo di questo termine? Il Tribunato aveva proposto di stabilire che tutti gli atti e sentenze riguardo alle quali non si fossero osservati i termini prescritti, sarebbero riguardati come non avvenuti. Questa proposizione non venne ammessa. Sembra dopo di ciò che siasi voluto abbandonar tutto alla prudenza de' giudici, i quali pronunciando in questa specie di affari come giurati, e potendo in conseguenza determinarsi ad un partito per tutt' i motivi che loro sembrano convenevoli, potranno prendere in considerazione la mancanza dell' osservanza dei termini prescritti.

(28) Nella Camera del consiglio. Sembra in virtù dell' art. 348 † 272 che debba solo la decisione in appello pronunciarsi pubblicamente, ed anche allor quando ammette l' adozione.

(29) Potrebbe avvenire nel caso del rigetto dell' adozione, che la sentenza fosse poggiata sopra motivi disonorevoli per l' adottante. Si è dovuto perciò risparmiargli questo dispiacere.

(30) Sia di ammissione, sia di rigetto; ma con questa distinzione, che se l' adozione sia stata ammessa, il ricorso è forzato, e l'adozione non può aver luogo che in virtù della decisione della Corte reale. Ma se l' adozione sia stata rigettata, è ben chiaro che non si può esser costretto a ricorrere in cassazione: ma se non si produce ricorso si presume che si è rinunciato all' adozione.

(31) Osservate la nota 27 in questa pag.

(32) Essa dee dunque esser pronunciata in segreto, se l'adozione è rigettata: vale lo stesso motivo che per la sentenza di prima istanza. Ma perchè questa debb' esser segreta, anche ammettendo l' adozione?

ghi ed in quel numero di copie ch'ella stima conveniente.

Una di queste copie è rimessa dall'una o dall'altra delle parti all'ufiziale dello stato civile del domicilio dell'adot-

---

Si è perchè può essere rivocata dalla Corte, e sino a che l'adozione non sia definitivamente ammessa, non si vuol darle alcuna pubblicità. Il pubblico il quale saprebbe che si è voluto adottare, e che l'adozione è stata rigettata, potrebbe formar delle congetture dispiacevoli per l'adottante.

Vi è luogo a ricorso in cassazione? Io non sono di questo avviso. Di fatti, il ricorso non potrebbe aver luogo per parte di coloro che agiscono per l'adozione, che in quanto la decisione sia stata rigettata. Ma allora le parti non potrebbero allegare che violazioni di forma. Poichè la Corte non dovendo assegnare de' motivi, egli è impossibile di provare nel merito, che la decisione sia in opposizione con la legge. Or la violazione delle forme non è un mezzo per cassazione, nè può essere nemmeno nel caso presente un mezzo di ritrattazione; perchè nessuna forma vien richiesta sotto pena di nullità (Cod. di proc. art. 480 † 544 n. 1). Dunque nel caso di rigetto dell'adozione, non vi ha realmente ricorso ad esercitare da parte di coloro che hanno agito per essa (*a*).

Ma se l'adozione sia stata ammessa, e che in morte dell'adottante sia stata impugnata da' suoi eredi, quale strada dovranno essi prendere? Non sarà mai nè la cassazione nè la ritrattazione (*b*). Queste strade non rimangono aperte che a coloro i quali furono parti ne' giudizj. Non è quella nemmeno dell'opposizione di terzo. Le sentenze che hanno ammessa l'adozione, non essendo state pronunziate dietro opposizione, e fra le parti, io partecipo del sentimento di coloro i quali pensano non esser d'uopo neanche farvi un'opposizione di terzo, e che riguardo ai terzi esse s'intendono come non pronunziate. (Argom. tratto dall'art. 100 † 105). Gli eredi dell'adottante i quali vogliono impugnar l'ado-

(*a*) *Fa al proposito la decisione della Corte di cassazione francese, del* 14 *novembre* 1815, *riportata da* Sirey, *tom.* 16, 1. par. p. 45.

(*b*) *Il chiarissimo* Toullier *dopo d'avere stabilito che l'adozione anche inscritta si possa rivocare col reciproco consenso per mezzo di altro contratto, e mediante pure la sanzione del tribunale, giusta il Codice prussiano, dal quale si sono desunte tutte le regole riguardanti l'adozione, propone al n.* 1019 *il quesito, se gli eredi dell'adottante possono ricorrere contro gli arresti che abbiano ammessa o rigettata l'adozione. Egli risponde che sembra chiaro non potersi provvedere in cassazione contro l'arresto che abbia rigettata l'adozione, poichè i giudici non potendo dire i loro motivi, è impossibile giudicare se abbiano avuto torto o ragione, e quand'anche avessero torto, non vi sarebbe violazione di alcuna legge. Non è lo stesso poi, egli soggiugne, e con ragione, quando sia stata l'adozione ammessa contro le disposizioni della legge: per esempio se l'adottante non aveva l'età di cinquant'anni, se il tribunale non era competente perchè non del domicilio dell'adottante: se in questi casi non si desse luogo al ricorso, le disposizioni del Codice non diverrebbero forse illusorie?*

tante che l'inscrive ne' suoi registri, la quale inscrizione
359 sotto pena di nullità dell' adozione, debbe aver luogo
283 nei tre mesi successivi alla decisione.

---

zione, debbono dunque limitarsi a domandarne la nullità con istanza principale, la quale subirà i due gradi di giurisdizione. A tal sistema si oppone, che si vedrebbe così un tribunale di prima istanza esaminare il merito e pronunziare anche la nullità di un' adozione ammessa da una Corte reale. Ma si risponde che ciò può avvenire giornalmente. Pria di tutto per le decisioni in seguito di ricorso per ritrattazione. Egli è possibilissimo che la rettifica di un atto dello stato civile sia stata ordinata con decisione di una Corte reale; e ciò punto non impedirà che un tribunale di prima istanza deliberi dietro una contestazione, come se la rettifica non fosse stata ordinata. E parimenti, in quanto alle decisioni pronunciate dietro controversie fra le parti, egli è un principio che l'opposizione di terzo non può esser' impiegata dai terzi, i quali non fecero parte del giudizio, che per sospenderne l'esecuzione; che quando la decisione è eseguita, l'opposizione di terzo è inutile; e che basta citar colui il quale ha ottenuto la decisione, a cui, se egli ne porta eccezione, si opporrà l'art. 1351 † 1305 del Codice civile; dal che avverrà dunque che un tribunale di prima istanza potrà, ma fra altre parti, decidere il contrario di ciò ch'è stato deciso da una Corte reale. Così, Pietro e Paolo si contrastano la proprietà di un credito; questa viene aggiudicata a Pietro. Pietro notifica la decisione al debitore. Io, che pretendo essere il proprietario di questo credito, non posso impedire al debitore di pagare che formando un' opposizione di terzo alla decisione. Ma s' egli ha pagato, ed io volessi agire contro Pietro per la restituzione, non dovrò rendermi terzo opponente; ma sarò tenuto di agir contro di lui con azione principale.

Ma si dirà ancora esservi cosa giudicata con l'adottante. Ora gli eredi di costui posson rivenire contro ciò che fu deciso col di loro autore, e possono essi a questo riguardo aver più dritto di lui? Io rispondo che fa d'uopo distinguere due sorta di azioni che agli eredi compete esercitare; le une le quali possono nominarsi ereditarie; cioè che gli eredi esercitano come rappresentanti del defunto, e come essendo la continuazione della di lui persona; nella qual sorta di azioni egli è certo ch'essi non possono esercitare dritti diversi da quelli del di loro autore; e le altre le quali essi esercitano come chiamati dalla legge a raccogliere la successione, ed a cui è evidente che lo stesso principio non è applicabile. Poichè altrimenti ne risulterebbe che gli atti fatti da un defunto in frode de' suoi eredi, non potrebbero giammai da costoro essere attaccati: ciò ch' è falso; giacchè vi ha anche nel Codice una disposizione espressa la quale permette agli eredi dell'uno de' conjugi di far annullare gli utili indiretti, fatti da lui a profitto dell'altro conjuge (art. 1594 † 1439). Così giudicato dalla Corte di Colmar il 28 luglio 1821 (Sirey, 1821, 2. par. p. 288),

(a) *Continua il giureconsulto di Brettagna ad essere di contrario parere circa questa quistione tutta di procedura. Mentre il* Delvincourt *sostiene che debba ricominciarsi il giudizio in prima istanza,*

La morte dell'adottante sopravvenuta dopo che l'atto comprovante la sua volontà di adottare fosse stato ricevuto dal giudice di pace, e prima della sentenza diffinitiva (33), non impedisce la continuazione del giudizio, e quindi l'ammettersi l'adozione, se siavi luogo. Ma in questo caso gli eredi dell'adottante possono presentare al ministero pubblico tutte le memorie ed osservazioni che essi credono proprie a far dichiarare inammessibile l'adozione (34). 360 284

---

(33) Dice l'art. 360 † 284 che ,, se l'adottante morisse dopo che ,, sia stato ricevuto dal giudice di pace l'atto di adozione, ed inoltrato ,, innanzi ai tribunali, e questi non avessero definitivamente pronunziato, sarà continuato il processo ec. ,,. Dal che alcune persone hanno voluto conchiudere, che se la morte dell'adottante avvenisse nel termine accordato dall'art. 354 † 278 per portar l'atto innanzi ai tribunali, l'adozione sarebbe nulla. Io non posso partecipare di questa opinione. Come lo dissi, tutto è consumato con l'atto ricevuto dal giudice di pace, poichè pel rimanente delle operazioni non si esige più che l'intervento di una sola delle parti. In quanto alla redazione dell'art. 360, alquanto imbarazzante a dire il vero, io credo che abbiansi voluto solamente esprimere due cose: la prima, non esser necessario che le due parti avessero vissuto fino al momento della definitiva ammissione dell'adozione; e la seconda che la morte sopraggiunta durante il processo, non l'interrompe; e questo per derogazione alle regole ordinarie di procedura, le quali esigono che negli affari non ancora in istato di esser decisi, tutte le procedure fatte posteriormente alla notifica della morte di una delle parti, siano nulle (Cod. di proc. art. 344 † 438).

(34) Essi avrebbero il dritto di far annullare dopo la morte dell'adottante l'adozione consumata durante la di lui vita, se fosse questa

Grenier apre agli eredi che vogliono impugnare l'adozione la via della Corte d'appello medesima che l'ha ammessa, come nel caso di decisione per ritrattazione cui si faccia opposizione perchè surrettizia e sorpresa con falso esposto; non ammettendo il ricorso in cassazione che nel solo caso dell'art. 350 † 284. Ma il Toullier, confutando vittoriosamente questo sistema, nel cit. n. 1019 conchiude. ,, Riguardo a noi ci sembra che in tutti i casi conviene provvedersi ,, presso la Corte di cassazione contro un arresto che abbia confermata un'adozione contraria alla legge. La via dell'opposizione non ,, è ammessa che contro le decisioni contumaciali, nè si può considerar come tale quella che conferma una sentenza pronunziata in ,, materia di adozione ,,. (Veggasi l'arresto della Corte di cassazione de' 14 novembre 1815. Sirey, an. 1816, pag. 45 e 47).

Ma pure nel caso del rigetto dell'adozione, come mai ricorrere in cassazione? Non ne aveva egli stesso riconosciuta l'impossibilità colle parole da noi riportate nella precedente annotazione pag. 328?

contraria alle leggi; tanto maggiormente debbono essi aver quello d'impedirne l'ammissione nello stesso caso.

È mai rivocabile l'adozione, o almeno col consenso delle due parti? Non sembra dubbia l'affermativa finchè l'adozione non sia stata inscritta su i registri dello stato civile. Poichè essendo il tutto annullato per la sola mancanza di proseguirsi il giudizio, e, dopo la sentenza, per la sola mancanza d'iscrizione nel termine stabilito, tanto più l'espressa dichiarazione delle parti deve ottenere l'effetto stesso. Sarebbe assurdo di non poter essi fare direttamente ciò che la legge loro permette di fare indirettamente. Ma se ritrovasi l'adozione iscritta, presentasi allora una maggior difficoltà. La negativa intanto mi sembra preferibile; ed io ne traggo argomento da queste due considerazioni: 1. che l'adozione conferisce una specie di novello stato civile all'adottato. Ora gl'individui di propria autorità dispor non possono del di loro stato civile. Ed in fatti in qual modo si annullerà l'iscrizione già fatta su i registri? Bisognerebbe adunque farv' inscrivere la rivocazione. Ma di questa pretesa rivocazione la legge non fa in alcun luogo menzione. 2. Che l'adozione è un dono della successione, nè altro è a parlar propriamente; rinunciare all'adozione, sarebbe dunque dalla parte dell'adottato il rinunciar realmente ad una successione futura, ciò ch' è vietato.

Nota. Il Codice prussiano permette di rivocare l'adozione, seguendosi le stesse forme con le quali avvenne, cioè col consenso di tutte le parti, e la sanzione de' tribunali.

§. II.

L' abolizione della tutela officiosa, e l' estensione de' dritti della patria autorità anche ai figliuoli adottivi, han rese necessarie nelle nostre leggi varie modificazioni a quelle dell'abolito Codice che andremo man mano indicando.

1. La prima che ci si presenta è quella dell' art. 257 che con qualche cangiamento corrisponde al 334. Questo, dalla regola generale, che niun conjuge può adottare senza il consenso dell' altro, eccettuava il caso contemplato nell' art. 356, ch' è appunto quello del tutore officioso il quale adottasse mediante atto testamentario. Abolita la tutela officiosa, bisognava troncare questa eccezione.

2. Ciò ch' era prescritto nell' art. 345 si è diviso in due articoli che sono il 268 e il 269. Quello abbraccia il caso dell' adozione verso l' individuo cui nella sua minore età pel corso almeno di sei anni siensi somministrati sussidj ed avute cure non interrotte: questo considera il caso dell'adozione verso colui che abbia salvata la vita all' adottante o in un combattimento, o col liberarlo dall' incendio o dalle acque. In questo secondo caso richiedeva la passata legislazione che l' adottante fosse maggiore, più avanzato in età dell' adottato, senza figli e discendenti legittimi, e, se conjugato, che il consorte acconsentisse. La presente avendo permessa l' adozione ancora de' minori, ha nel primo caso assoluto l' adottante dalla condizione di avere oltrepassato i cinquant' anni, ferme ritenendo le altre condizioni. Nel secondo, richiamando in osservanza l' antico dritto, ha liberato l' adottante da tutte le condizioni, meno che da quella di dover avere quindici anni dippiù della persona ch' ei si propone di adottare. Noi non sapremmo indagare altro motivo di questa ultima espressa condizione, se non quello di accostarsi al roman dritto, facendo sì che la paternità legale somigliasse il più possibile la naturale. Per altro questa restrizione che mette un limite ai moti di gratitudine dell'uno, è forse una remora all' atto generoso dell' altro.

3. Si è riformato l' art. 346 che vietava le adozioni in persone minori di età, in qualunque siasi caso. Il nostro art. 270 dice espressamente che *l'adozione può aver luogo anche prima dell'età maggiore dell'adottato.* Concordano ambe le legislazioni nel richiedere il consenso o il consiglio dei genitori dell'individuo che si vuol adottare, o del solo superstite di loro; consenso sino agli anni venticinque (1), consiglio dopo questa età.

(1) Propongono nell' esame di questo articolo gli encomiati autori de' comentarj delle nostre leggi pag. 525 la quistione, se nel dissenso

Aggiunge però il nostro articolo che *in difetto de' genitori si richiederà l' approvazione del consiglio di famiglia, ove colui che vuolsi adottare non abbia compiuti gli anni ventuno.*

4. Nell' art. 348 francese che al pari del nostro 272 prescrive che l' adottato rimane membro della sua famiglia naturale, e vi conserva tutti i suoi dritti, si aggiungono le proibizioni del matrimonio per tal parentela civile contratta. Queste si son quì soppresse, poichè la nostra legislazione ne ha fatto parola nel Titolo del matrimonio dove più propriamente conveniva trattarne, e noi le abbiamo analizzate nell'enunciare gli art. 159 e 160 messi al confronto di questo 348 nelle nostre osservazioni sul matrimonio.

5. Finalmente nel nostro articolo 277, che corrisponde al 353 del Codice abolito si è aggiunto riguardo all' adozione del minore, che *essendo minore l' individuo che vuolsi adottare dovrà presentarsi al giudice di circondario insieme colla persona che deve consentire all' adozione, giusta l'art.* 270. Così di di questo consenso come di quello del consiglio di famiglia parlava quel Codice, ma nel caso della tutela officiosa (art. 361) nel quale era solo permessa l' adozione del minore: adozione la quale è divenuta ordinaria tra noi, come vedemmo.

de' genitori per l' adozione debba, come nel matrimonio, prevalere la volontà paterna; e la risolvono negativamente, a motivo che nell'adozione si tratta della perdita del dritto di patria potestà sul figliuolo minore che passa in aliena famiglia e sotto l'altrui autorità, il che è ben diversa cosa dal di lui matrimonio. Noi siamo di contrario parere: 1. L' idea del legislatore nella compilazione del nostro Codice, come spesso abbiam dimostrato, fu quella di richiamare in osservanza per quanto era possibile le romane e le patrie leggi, le quali non riconoscevano materna potestà, nè richiedevano il consenso della madre neanche nel matrimonio; 2. Se prevale il voto del padre nel matrimonio ch' è l'atto più importante della vita, molto più dee prevalere nell' adozione; 3. L' arbitro della famiglia e del nome di essa è il solo padre, non essendo la madre entrata nella medesima che per le nozze: tanto vero, che adottando ella un figlio, moglie o vedova che fosse, gli darebbe il cognome non del marito, ma il proprio; 4. La legge ha presunto sempre maggior discernimento, prudenza, antiveggenza nel marito che nella moglie; 5. Al solo motivo addotto da' comentatori si oppone che l' adottato conserva i dritti nella sua famiglia naturale, e quindi i corrispondenti doveri verso i suoi genitori; 6. Il consenso nell' adozione non è che uno degli effetti della paterna autorità e questa durante il matrimonio è esercitata dal solo padre; 7. L' autorità paterna cessa col matrimonio, e non con l'adozione; 8. Finalmente perchè l' adottato non perde neppure il cognome della sua famiglia come nel roman dritto, ma solo unisce al proprio cognome quello dell'adottante. Vegga il lettore se questa nostra opinione possa dirsi poggiata su *motivi mancanti di fondamento*, come si esprime l'autore di una nota posta nell' edizione di queso Corso fatta dal sig. Marolta, vol 3. pag. 198.

§. III.

Alle quistioni delle quali si è trattato nelle note aggiungeremo le altre seguenti discusse e risolute nella giurisprudenza francese.

1. Quantunque un padre non possa adottare il suo figlio naturale riconosciuto, non perciò distruggerebbe i dritti conferiti precedentemente coll' adozione, se venisse a riconoscere il figlio adottivo per suo figlio naturale, soprattutto se il figlio non acconsentisse alla ricognizione. — Parigi 11 ventoso anno XII. — Sirey 4. 2. 113.

2. Un figlio adottivo, in concorso col conjuge superstite, ha dritto ad una riserva tale, che non può essere ridotta col testamento alla nuda proprietà de' beni: la riserva del figlio adottivo è la medesima del figlio legittimo. — Treveri, 22 gennaro 1813. — Sirey 14. 2. 3.

3. L' adozione è più un contratto che una sentenza: essa perciò può essere impugnata col mezzo di azione principale, senza che la decisione che l' ha confermata possa aver l' effetto della cosa giudicata; questa decisione ha il carattere amministrativo più che il carattere giudiziario. — Colmar, 28 luglio 1821. Sirey, 21.. 2. 88.

4. Una sentenza di adozione può essere impugnata con querela di nullità dall' erede instituito dell' adottante, ancor che non sia egli legittimario avente dritto alla riserva. — Colmar, 28 luglio 1821. — Sirey, 21. 2. 288.

4. L' adozione crea all' adottante una discendenza civile e fittizia, che rimpiazza a suo riguardo la discendenza naturale. — essa stabilisce i rapporti di paternità, di figliazione, di successibilità, non solo tra l' adottante e l' adottato, ma pure tra l' adottante ed i figli dell' adottato— Quindi il legato fatto dall' adottante ad un figlio dell' adottato, debb' esser considerato come una liberalità in linea diretta soggetta soltanto al dritto dell' uno per cento. — Cassazione Fr. — 2 dicembre 1822. Sirey, 23, 1, 74.

6. La riversione stipulata a favor del donante nel caso della precedente morte del donatario senza figli, debbe avere il suo effetto, non ostante l' adozione di un figlio fatta dal donatario, e benchè il donante nella qualità di conjuge del donatario abbia acconsentito all' adozione. — Cassazione Fr. 2 giugno 1822. — Sirey, 22, 1, 422.

TAVOLA

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL SECONDO VOLUME.

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE.

TITOLO VI.

Osservazioni.

Osservazioni.